

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
IUSIURANDUM NECESSARIUM
A L'ÉPOQUE CLASSIQUE
DU DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 16 Décembre 1912, à 3 heures

PAR

VICTOR E. IOACHIMOVICI

Président : M. JOBBÉ-DUVAL, professeur
Suffragants { MM. GIRARD, professeur
AUDIBERT, professeur

PARIS (5°)
M. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1912

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LE
IUSIURANDUM NECESSARIUM

A L'ÉPOQUE CLASSIQUE
DU DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 16 Décembre 1912, à 3 heures

PAR

VICTOR E. IOACHIMOVICI



Président : M. JOBBÉ-DUVAL, *professeur*
Suffragants { MM. GIRARD, *professeur*
AUDIBERT, *professeur*

PARIS (5°)

M. GIARD & É. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1912

BIBLIOGRAPHIE

- Corpus iuris civilis : Institutiones*, recognovit P. KRUEGER ; *Digesta*, recognovit TH. MOMMSEN (1908) ; *Codex Iustinianus*, recognovit P. KRUEGER (1906).
- BRUNS. — *Fontes iuris romani antiqui*, 2 vol. 1909.
- P. F. GIRARD. — *Mélanges de droit romain*, 1912.
- P. F. GIRARD. — *Textes de droit romain*, Paris, 1903.
- HEIMBACH. — *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*.
- O. LENEL. — *Palingenesia iuris civilis*, 2 vol., 1889.
- BETHMANN-HOLWEG. — *Roemische Civilprozesse*, 2 vol.
- E. CUQ. — *Institutions juridiques des romains*, I vol., 1904, II vol., 1902.
- G. DEMELIUS. — *Schiedseid und Beweiseid, im roemischen Civilprozesse*, 1887.
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — *Evolution historique du serment décisivoire*, Thèse, Paris, 1894.
- P. F. GIRARD. — *Manuel de droit romain*, 4^e et 5^e édition, 1906, 1911.
- HEIMBACH. — *Die Lehre der Creditum*.
- IHERING. — *Esprit du droit romain*, 4. vol.
- JOBBÉ-DUVAL. — *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains*, 1896.
- KELLER. — *De la procédure civile et des actions chez les romains*, trad. Capmas, 1870.
- KARLOWA. — *Roemische Rechtsgeschichte*, 2 vol. 1885, 1901.
- J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI. — *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen roemischen Recht*, 2 vol., 1903, 1907.
- O. LENEL. — *Edictum perpetuum*, 1^{re} et 2^e édition allemande et édition française, trad. Capmas. 1901, 1903, 1907.

- G. MAY. — *Eléments de droit romain*. 1 vol. 1907.
- Th. MOMMSEN, *Droit public romain*. 8 vol., 1889-1896.
- PAULY-WISSOWA. — *Realencyclopaedie der klassischen Altertumwissenschaft*, 10 vol.
- H. H. PFLUGER. — *Ciceros rede pro Q. Roscio comoedo*, 1904.
- RUDORFF. — *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, 1869.
- RUDORFF. — *Roemische Rechtsgeschichte*.
- F. C. de SAVIGNY. — *Traité de droit romain*, 8 vol. 1840-1853.
- W. STINTZING. — *Beiträge zur roemischen Rechtsgeschichte*, 1901.
- SCHULZE. — *Privatrecht und Prozess*.
- WENGER. — *Zur Lehre von der Actio iudicati*, 1901.
- WISSOWA. — *Die Religion und Kultus der Roemer*, 1902.
- WLASSAK. — *Roemische Prozessgesetze*, 2 vol.
- Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen roemischen und deutschen Privatrechts*, t. IV, 1861. Article KISSELBACH : « Beitrag zur Lehre vom roemischen Eide nach den Fragmenten in den Pandekten. »
- Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1888, article MISPOULET : « La plaque de bronze trouvée à Narbonne »,—1905, article GIFFARD : « La loi 6 *de eonfessis* et l'oratio divi Marci »,—1904, article ARON : « La vestale et le flamme de Jupiter »,—1908, article DEBRAY : « Contribution à l'étude du serment nécessaire »,—
- Revue des études anciennes*, 1905, article MAY : « Le Flamen Dialis et la virgo Vestalis. »
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. VIII, article GRADENWITZ ; vol. XXIV, article ROBERT VON MAYR : « Condictio incerti ». —
- Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, vol. XXI.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES TEXTES CITÉS

TEXTES	PAGES
<i>Aulus-Gellius</i> : Noctes Atticæ, X, 15, 31	39, 45.
<i>Basilicorum libri</i> , XXII, 5, c. 1, schol. 2	5.
<i>Basilicorum libri</i> , XXII, 5, c. 34, schol. 1	127, 134, 147.
<i>Code civil</i> : art. 1357	1.
<i>Code de Justinien</i> , IV, 1 Const. 1	120.
» » Const. 3, 10 .	167.
» » Const. 11, 12 .	4.
<i>Corpus Inscriptionum Latinarum</i> , N° 6038.	40 n. 48.
<i>Digeste</i> : III, 3 l. 39, § 1.	98, 99, 100, 101.
» IV, 3 l. 21.	86, 166.
» V, 1 l. 28, § 2.	89 n. 125, 127, 135.
» IX, 2 fr. 25, § 2.	82.
» IX, 4, l. 21, § 2	139.
» XII, 2 fr. 1.	9, 14, 126, 163.
» » 1. 2	14.
» » 1. 3 pr.	45.
» » 3, § 1.	121, 123.
» » 3, § 3.	10, 51, 58.
» » 5, § 4.	46.
» » 6,	46.
» » 7 pr.	45.

TEXTES	PAGES
<i>Digeste</i> : XII, 2, fr. 9 pr.	46 ; 97 n. 140.
» » 9, § 1.....	46, 48.
» » 9, § 3.....	16.
» » 9, § 4.....	35 n. 40.
» » 9, § 5.....	58.
» » 9, § 6.....	9, 16, 58, 101.
» » 9, § 7.....	48, 49, 50, 58, 59.
» » 11.	48, 50.
» » 11 pr.	58.
» » 11, § 1.....	»
» » 11, § 2.....	»
» » 11, § 3.....	»
» » 13.	48, 50.
» » 13 pr.	58.
» » 13, § 2.....	»
» » 13, § 3.....	51, 58, 59.
» » 13, § 4.....	» » »
» » 13, § 5.....	» » »
» » 13, § 6.....	16.
» » 14.	38, 144.
» » 16.	38.
» » 17 pr.	10, 14, 19, 20.
» » 17, § 3.....	99.
» » 18.	36, 99, 100, 101.
» » 19.	36 ; 100 n. 145.
» » 20.	24, 29 n. 26.
» » 22.	» »
» » 23.	22, 23, 24, 29 n. 26, 31, 84.
» » 24.	20, 21, 24, 28, 32 n. 34, 84.
» » 25.	14, 20, 21, 22, 24, 25 28, 29 n. 26, 31, 84, 87 n. 119, 89 n. 127, 94, 98 n. 142, 128.
» » 26, § 1.....	51, 58.
» » 26, § 2.....	14.
» » 28, § 1.....	56.
» » 28, § 2.....	58.
» » 28, § 3.....	51.
» » 28, § 4.....	9.
» » 28, § 6.....	9, 51, 58.
» » 28, § 7.....	» »

TEXTES	PAGES
<i>Digeste</i> : XII, 2, 28, § 8.....	9.
» » 28, § 10.....	10.
» » 29.....	51.
» » 30 pr.	9.
» » 31.....	114.
» » 34 pr.	42, 51, 123, 136.
» » 34, § 1.....	37, 43.
» » 34, § 2.....	33, 43.
» » 34, § 3.....	37, 43, 72, 101.
» » 34, § 4.....	17, 38, 43.
» » 34, § 5.....	43, 57.
» » 34, § 6.....	13, 15, 18, 41, 43, 51, 67, 69 n. 89, 75, 77, 122.
» » 34, § 7.....	18, 38, 43, 67, 96, 113 n. 159.
» » 34, § 8.....	43, 57, 166.
» » 34, § 9.....	65, 67, 166.
» » 35.....	18.
» » 35, § 1.....	28, 34 n. 39, 87 n. 119.
» » 36.....	53, 88, 91, 145.
» » 37.....	38 n. 43.
» » 38.....	74, 138, 166.
» » 39.....	14, 21, 55.
» » 40.....	85.
» » 42, § 1.....	56.
» XII, 6, l. 26, § 12.....	123 n. 170.
» XIII, 1, l. 12 pr.	87 n. 121.
» XIII, 3, l. 1 pr.	124.
» XIII, 5, l. 18, § 1.....	64 n. 84.
» XIII, 5, l. 25, § 1.....	16, 102.
» XXII, 3, l. 25, § 3.....	166.
» XXV, 2, l. 11, § 1.....	137.
» XXV, 2, l. 11, § 3.....	138.
» XXV, 2, l. 13.....	»
» XXXVIII, 1, l. 3, § 1.....	123 n. 170.
» XXXVIII, l. 9.....	»
» XXXVIII, 15, § 1.....	»
» XXXIX, 2, l. 13, § 14.....	38.
» XL, 7, l. 39, § 3.....	123 n. 170.
» XLII, 1, l. 56.....	63, 64, 107, 128 n. 186.
» XLII, 2, l. 6, § 2.....	128 n. 186.

TEXTES	PAGES
<i>Digeste</i> , XLII, 3, l. 8.	75, 80.
» XLVI, 3, l. 20.	123 n. 170.
» » 29.	»
» » 38, § 3, 4.	»
» » 3 fr. 46.	»
» » 67 pr.	»
» » 72, § 5, 6.	»
» » 95, § 1.	»
» » 98 pr., § 2, 3.	»
» XLVII, 10, l. 5, § 8.	141.
<i>Gaius</i> , Institutes, C. IV, 19, 20.	160 n. 246.
» C. IV, 117, 122. ...	123 n. 171.
» C. IV, 171.	143.
<i>Isidor de Séville</i> , Orig. V, 26.	135.
<i>Lex de Gallia Cisalpina</i> , ch. XXI.	70.
<i>Paul</i> , Sentences, II, 1, § 1-4.	4, 16, 134.
» II, 1, § 5.	73.
» II, 14, 1.	155.
<i>Plaute</i> , Curculio : 4, 2, 10.	135, 150.
» Rudens, prol. 14.	»
» Persa IV 3, 9.	»
<i>Plutarque</i> , Quæst. Rom. 44.	39 n. 46.
<i>Salluste</i> , Catilina, c. 25.	135.
<i>Seneca</i> , Contr. VII, præf.	167.
<i>Servius</i> , in Aeneidem, VIII, 263.	135.

INTRODUCTION

Il ne fait plus de doute aujourd'hui pour personne, que ce n'est pas du serment nécessaire tel qu'il était conçu à l'époque classique du droit romain dans le plein épanouissement de son individualité, que l'institution moderne du serment décisoire de l'art. 1357 C. civ. relève, mais qu'elle hérite directement des transformations que la législation du Bas-Empire, et en particulier celle de Justinien, fit subir au classique serment nécessaire.

Celui-ci, tant à cause de son extrême rigueur, que de sa nature exceptionnelle et pleine d'archaïsmes, porte en soi l'empreinte d'une origine profondément reculée. Ayant pris naissance à la suite des innovations apportées par les lois *Silia* et *Calpurnia* dans la procédure au début du VI^e siècle de Rome, il avait des racines qui pénétraient beaucoup plus loin dans le passé, dans le système primitif des preuves, c'est-à-

dire dans le serment purgatoire ou de justification, que tout défendeur avait le droit de fournir, étant considéré comme le moyen de faire la preuve de son bon droit, alors que l'état social était fort peu avancé et les lumières du juge assez faibles. Cette institution, normale dans toute société primitive, aurait dû disparaître au ^{vi}^e siècle de Rome en raison des progrès de la civilisation, et de fait elle disparut, en se conservant néanmoins dans la procédure nouvelle créée par les lois *Silia* et *Calpurnia* pour les dettes de sommes d'argent et de choses certaines, comme cela est arrivé dans beaucoup de législations d'autres peuples (1).

Cette survivance du système primitif du serment, n'eût pas lieu sans qu'il subît des retouches. Il sera désormais déféré au début de la procédure *in iure* ; le demandeur ne sera plus forcé de subir ses conséquences, car il ne le déférera au défendeur que s'il le veut, ce qui aura lieu quand il manquera d'autres preuves ; le défendeur n'aura plus la faculté de toujours se libérer par son serment, car l'initiative de la délation appartiendra au seul demandeur ; et enfin, son plus principal effet, le défendeur sera contraint de le prêter, à moins de le référer. C'est ainsi que le serment nécessaire fut créé dans le domaine spécial

(1) V. pour les détails M. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains*, 1896, p. 154-157.

des dettes de sommes d'argent et de choses certaines. Lié à la *condictio certæ pecuniæ* et à la *condictio certæ rei*, qui se rattachaient par la voie de la filiation historique à la *legis actio per conductionem* des lois *Silia* et *Calpurnia*, il traversa les siècles dans toute la durée de la procédure formulaire.

Mais en même temps que la disparition de celle-ci, eut lieu aussi la disparition de la séparation de la procédure en deux phases, *ius* et *iudicium*, et comme c'était maintenant devant la même personne, le *iudex*, que le procès tout entier était déroulé, c'était aussi devant elle qu'avait lieu, tant le serment nécessaire que le serment qui était prêté sous la procédure formulaire *in iudicio*, et qui n'était autre chose qu'un serment déféré, non par les parties, mais par le juge, en toutes sortes de matières et non seulement dans le domaine du *certum*, et qui était employé par le juge pour compléter son opinion, sans pour cela qu'il dispensât du jugement, comme cela arrivait avec le serment nécessaire.

Cette coexistence devant le même magistrat, devait amener fatalement à une pénétration réciproque, qui ne s'accrut que peu à peu, et ne devint presque complète que sous Justinien, de sorte qu'on peut considérer maintenant comme disparue l'institution classique du serment nécessaire. Cela ne doit pas nous surprendre, car ce qui est arrivé pour notre institution, est arrivé aussi pour nombre d'institu-

tions du droit romain, qui se sont considérablement transformées au Bas-Empire, tant à cause de la disparition des deux phases de la procédure, *ius* et *iudicium*, que des idées nouvelles qui se sont fait jour. Le serment nécessaire prit ainsi un à un tous les caractères du *iusiurandum iudiciale*. Il ne dispense plus du jugement, peut être déféré dans toutes sortes de matières, et il est déféré lui aussi par le juge. La seule différence qui subsiste encore entre les deux serments, est que le juge défère le serment nécessaire sur la demande des parties, et qu'il doit conformer son jugement au serment.

Nous ne possédons pas beaucoup de textes qui mentionnent cette transformation, mais elle résulte suffisamment des Sentences de Paul II, 1, § 1-4, qui ont été remaniées au commencement du VI^e siècle de l'ère chrétienne par les commissaires d'Alaric, pour les rendre conformes au droit de leur époque. Et, en effet, du § 1^{er} il résulte, que le serment nécessaire intervient *in pecuniariis causis*, ce qui signifie dans le langage des compilateurs wisigoths, toutes les affaires civiles par opposition aux affaires pénales. Et aussi ce second trait, que l'initiative de la délation appartient à chaque plaideur : *alter ex litigatoribus iusiurandum deferat*.

A l'appui de ce texte viennent encore les deux constitutions 11 et 12 de Justinien, C. IV, P. 1, *De rebus creditis*, qui continuent l'assimilation. Enfin, le pré-

cieux témoignage du scholiaste des Basiliques, Stéphaneanos, un bon connaisseur du droit de l'époque de Justinien, dans la schol. 2, ad Basil. XXII, 5, c. 1 (2):

— εἶπον δέ σοι καὶ τοῦτο πάλιν προδεωρῶν, ὅτι τῶν ὄρκων οἱ μὲν εἰσι βουλευντάριοι, οἱ δὲ νεκεσσάριοι, οἱ δὲ ἰουδικιάλιοι, οἱ δὲ ἰν λίτεμ. καὶ βουλευντάριοι μὲν εἰσιν, οὓς ἔξω δικαστηρίου καὶ ἐκ προαιρέσεως ἐπιφέρουσιν ἀλλήλοις οἱ λιτιγάτορες. νεκεσσάριοι δὲ εἰσιν, οὓς ἐν δικαστηρίῳ τινὸς τῶν λιτιγατόρων ἐπὶ τὴν τούτου δόντος επαγωγὴν ὁ δικαστὴς ἐπιφέρει. ἰουδικιάλιοι δὲ εἰσιν, οὓς ὁ δικαστὴς αὐτὸς οὐκ ἐξ αἰτήσεως, ἀλλ' ἐξ οἰκείας κινήδεις προαιρέσεως ἐπιφέρει· ἰν λίτεμ. **rell. ou bien :**

Dixi tibi etiam vice præfationis, iusiurandum esse vel voluntarium, vel necessarium, vel iudiciale, vel in litem. Et voluntarium quidem est, quod extra iudicium et ex voluntate litigatores sibi invicem deferunt. Necessarium vero est, quod in iudicio uno ex litigatoribus delatori referente iudex defert. Iudiciale vero est, quod ipse iudex non ad petitionem partium, sed propria voluntate motus defert. In litem rell. (3).

Ainsi d'après ce texte, la seule différence qui subsisterait entre les deux serments, est que le serment nécessaire est déféré par le juge sur la demande des parties, alors qu'il défère le *iusiurandum iudiciale* de sa propre initiative.

(2) Heimbach, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, II, 528.

(3) Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse*, 1887, p. 145.

Si de toute cette évolution historique du serment nécessaire, nous nous sommes arrêtés dans notre étude à l'aspect que ce serment présentait à l'époque classique, c'est parce que cette partie était la plus intéressante, comme étant la plus romaine, et aussi parce qu'elle avait donné beaucoup plus lieu à des discussions, et que même après le solide établissement de la théorie du serment nécessaire par Demelius (4), on a cherché tout récemment à contester son principal caractère, l'exécution directe (5).

Nous avons divisé notre travail en deux parties, dont la première est de beaucoup la plus importante, car c'est à cette occasion que sont exposés les traits essentiels du serment nécessaire :

I. — Traits caractéristiques du serment nécessaire et différences entre les deux genres de serments, nécessaire et volontaire. — Divisée en plusieurs chapitres.

II. — Différences entre le serment nécessaire et le *iusiurandum iudiciale*.

(4) Demelius, *Schiedseid und Beweiseid im röm. Civilprozeß*, 1887.

(5) M. Debray, *Contribution à l'étude du serment nécessaire*, N. R. H., 1908, p. 125-160, 334-368, 437-461.

PREMIÈRE PARTIE

Traits caractéristiques du serment nécessaire, et différences entre les deux genres de ser- ments, nécessaire et volontaire.

Avant les recherches de Demelius sur le serment, alors que dans l'opinion commune la physionomie du serment nécessaire n'était pas complètement séparée de celle du serment volontaire, et cela en raison de l'attribution des fragments du titre *de iureiurando* du *Digeste* aux deux sortes de serments, on estimait que tout serment délégué *in iure* devait être un *iusiurandum necessarium*, tandis que le *iusiurandum voluntarium* ne pouvait avoir lieu qu'en dehors de la justice. Non, le *iusiurandum voluntarium* tout aussi bien que le *iusiurandum necessarium*, ont tous les deux lieu *in iure*. A part les textes, cela est prouvé par les principes nouvellement établis en cette matière. Comme on va le voir dans les développements qui vont suivre, le serment néces-

saire n'est pas applicable dans toutes les affaires, mais seulement dans celles comprises sous la rubrique de l'édit : *si certum petetur*, et en dehors de celles-ci, dans quelques autres encore, où il est introduit pour les besoins de la cause. Ainsi donc, tout serment *in iure* n'étant pas toujours nécessaire — car celui-ci est limité — il ne peut être que volontaire. Ils auraient, par conséquent, tous les deux comme trait commun, la délation *in iure*. Ceci est du reste confirmé aussi par les textes.

Il a été démontré par les recherches de Demeilius (6) que les fragments dont se compose le titre du *Digeste*, Liv. XII, t. II : *de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciale* — étant donnée la mention en tête de chaque fragment, de l'auteur, de l'ouvrage et du livre dont il est tiré — ont été empruntés par les commissaires de Justinien à deux séries de sources. Ainsi les lois 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 20, 21, 22, 26, 28, 30, sont tirées des livres *V ad Edictum provinciale* de Gaius,

(6) *Schiedseid und Beweiseid*, p. 20 et suiv. — Ce classement des textes du titre *de iureiurando* a déjà été aperçu par Kisselbach, *Beitrag zur Lehre vom römischen Eide nach den Fragmenten in den Pandekten*, dans le *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutsch. Privatrechts*, t. IV, 1861, p. 321-365 ; Rudorff, *Edicti perpetui quæ reliqua sunt*, 1869, § 93, p. 103, § 94, p. 104 ; Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, 4^e éd., p. 170, 172 ; Lenel, *Edictum perpetuum*, § 54, p. 116 et suiv., § 95, 3^e, p. 188 et 189.

IX des *Digesta* de Julien, XVIII *ad Edictum* de Paul et XXII *ad Edictum* d'Ulpien, où ils commentaient l'édit *de iureiurando* qui fait suite à l'édit *de interrogationibus in iure faciendis* dans le même titre *de iudiciis omnibus* ; tandis que les lois 18, 19, 23, 24, 25, 34, 35 sont tirées des livres X des *Digesta* de Julien, XXVI *ad Edictum* d'Ulpien et XXVIII *ad Edictum* de Paul, où ils commentaient l'édit *si certum petetur* du titre *de rebus creditis* de l'Edit. La première série de textes qui commentent l'édit *de iureiurando* traite du *iusiurandum voluntarium*, la seconde qui commente l'édit *si certum petetur* traite du *iusiurandum necessarium*. L'édit *de iureiurando* faisant suite à celui *de interrogationibus in iure faciendis* dans le titre *de iudiciis omnibus* de l'Edit, fait preuve en même temps de l'existence *in iure* du serment volontaire. — Ensuite la l. 1, D. XII, 2, considère le *iusiurandum ex pactione litigatorum* comme le *maximum remedium expediendarum litium*. La l. 28, § 6, h. t. où le serment a lieu alors que *agebatur ex locato*. Le mot *agebatur* signifie qu'on était déjà devant le préteur, *in iure*. La même idée se retrouve dans les lois 28, § 8 h. t. : *Contra si, cum ex stipulatu iudicatum solvi ob rem iudicatam conveniretur, iuravit se dare non oportere*, etc. ; 28, § 4 h. t. : *si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum* ; 30 pr. h. t. : *qui iuravit ex ea actione* ; l. 9, § 6, h. t. où le serment du *defensor vel procurator* —

ce qui suppose un procès — a donc lieu *in iure*. — Les textes qui semblent contraires sont, la l. 17 h. t. : *iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest*, et la l. 28, § 10 h. t. : *Item cum ex hac parte iusiurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra iudicium actore inferente iuraverit*, etc., tous deux de Paul. Mais comme il a été démontré par Demelius (7), ces textes ont été visiblement interpolés par les commissaires de Justinien. En effet, les mots *extra iudicium* au lieu des *extra ius* caractérisent bien la nouvelle procédure du Bas-Empire. Ensuite, dans le premier texte : *quod ex conventione extra iudicium* constitue un pléonasme, dans le second *si forte* montre que la mention en est faite *exempli gratia*. Cette interpolation se comprend fort bien, car à l'époque de Justinien le serment nécessaire n'a plus un domaine restreint, mais peut être déféré en toute matière ; ainsi tout serment judiciaire étant nécessaire, il s'ensuivait que le serment volontaire était extrajudiciaire. De là l'interpolation en ce sens.

Le dernier texte enfin, en faveur de l'opinion que nous soutenons, d'après laquelle le serment volontaire avait lui aussi lieu *in iure*, est la l. 3, § 3 D. XII, 2, ainsi conçue :

*Unde Marcellus scribit etiam de eo iurare posse,
au prægnas sit mulier vel non sit, et iureiurando*

(7) *Schiedseid*, p. 49.

standum : denique ait, si de possessione erat quæstio, servari oportere, si forte quasi prægnas ire in possessionem volebat et, cum ei contradiceretur, vel ipsa iuravit se prægnatem vel contra eam iuratum est : nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu, si contra eam, non ibit, quamvis vere prægnas fuerit.

M. Jobbé-Duval — en émettant l'opinion que si la transaction sur le serment volontaire pouvait avoir lieu *in iure* après l'*editio actionis*, la prestation de la formule solennelle du serment devant le préteur, n'est pas, au contraire, autorisée par les sources, et que le rôle du magistrat assistant à la prestation d'un serment conventionnel paraîtrait étrange (8) — n'admet pas que le texte précité mentionne la prestation du serment devant le magistrat, mais que seulement le préteur promulguait un décret conditionnel : il accordait la *bonorum possessio ventris nomine* à la veuve, sous la condition qu'elle jurât *an prægnas sit vel non*, ou que les héritiers du mari reculassent devant le serment, suivant la teneur du pacte, *ibit in possessione sine metu* (9). Il n'y aurait ainsi, d'après M. Jobbé-Duval, qu'un seul *iusiurandum in iure delatum*, le serment nécessaire, l'autre étant extrajudiciaire, mais quant à la prestation seu-

(8) *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les romains*, 1896, p. 147.

(9) *Loc. cit.*, p. 148, n. 1.

lement, non quant à la transaction qui lui donnait naissance, et qui pouvait sans inconvénients avoir lieu *in iure*. Nous ne voyons pas pourquoi cette prestation n'aurait pas pu avoir lieu *in iure*, et pourquoi le rôle du magistrat y assistant paraîtrait plus étrange que s'il s'agissait de la prestation d'un serment nécessaire. En plus M. Jobbé-Duval n'indique pas quelles sont les sources qui n'autorisent pas notre manière de voir. Maintenant, quant au texte précité, il nous semble qu'il résulte de son esprit que le serment volontaire a lieu *in iure* comme prestation tout aussi bien que comme convention. Ainsi les mots *quæstio contradiceretur*, supposent les débats *in iure*, et à l'occasion de ces discussions, donc *in iure*, *ipsa iuravit vel contra eam iuratum est*. Nous ne voyons pas qu'il ne soit question dans le *iuravit*, que du pacte de serment et non de sa prestation.

Telles sont les raisons pour lesquelles nous croyons devoir reconnaître comme caractère commun aux deux sortes de serments, nécessaire et volontaire, leur existence *in iure*. La formule *iusiurandum necessarium vel in iure delatum* n'est donc vraie que pour l'époque de Justinien. Mais en dehors de ce trait commun, il y a une antithèse complète entre les deux serments. Les points saillants de cette antithèse sont développés dans les chapitres suivants.

CHAPITRE I

Différence quant à la nature : serment nécessaire,
serment conventionnel.

Dans l'ancienne opinion générale (10) on estimait que les deux genres de serments comportaient la notion d'un accord entre les parties. Mais les textes sont là pour manifester une opposition fondamentale à ce point de vue. En effet, le serment dont parlent les fragments des commentaires sur l'édit *si certum petetur* est un serment nécessaire. Le texte décisif en cette matière est la loi 34, § 6, D. XII, 2, tirée du livre XXVI *ad Edictum* d'Ulpien, où il commentait l'édit *si certum petetur* : *Ad prætor : Eum a quo ius-iurandum petetur, solvere aut iurare cogam*. La contrainte y est visiblement exprimée par le mot *cogam*, il n'y a donc plus de place pour un accord sur

(10) Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. VII, § 309 et suiv. ; Keller, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, trad. Capmas, § 64, p. 284, 285.

le serment. Au contraire, la convention apparaît clairement dans l'autre série de textes, tirés des commentaires sur l'édit *de iureiurando*, notamment des lois : 1 h. t., extraite du livre V *ad Edictum provinciale* de Gaius :

Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pacitione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversie.

Les lois 2 h. t. tirée du livre XVIII de Paul : *Iusiurandum speciem transactionis continet* ; 17 pr. h. t. tirée du même livre XVIII de Paul : ... *Iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium defertur, referri non potest* ; 26, § 2 h. t. du livre XVIII de Paul : ... *quia proficiscitur ex conventione*. Enfin, les lois : 25 h. t. d'Ulpien XXVI *ad Edictum* : ... *propter religionem et conventionem* ; et 39 h. t. des *Digesta* de Julien, livre X : ... *est enim iusta conventio si quaelibet causa in condicione iurisiurandi deducta fuerit*. — Quoique ces deux derniers fragments soient tirés des commentaires sur l'édit *si certum petetur*, ils ont trait cependant au serment volontaire, pour des raisons que nous développerons dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

Différence quant à la personne qui exige le serment : l'initiative de la délation du serment nécessaire appartient au seul demandeur — celle du serment volontaire appartient aux deux parties. — Personnes qui peuvent déférer et prêter le serment nécessaire.

Que la délation du serment nécessaire appartienne au demandeur seulement, cela résulte sans aucun doute des termes même de l'édit, qui à raison de leur précision rendaient inutile la mention expresse de cette idée (11). En effet, la loi 34, § 6 D. XII, 2, tirée du livre XXVI *ad Edictum* d'Ulpien, et se rapportant donc à l'édit *si certum petetur*, s'exprime de la façon suivante :

Ait prætor : eum à quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam : alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret, si non iurat, solvere cogendus erit a prætore.

L'emploi des mots *solvere* et *reus* prouvent bien

(11) Demelius, *loc. cit.*, p. 30.

qu'il s'agit du demandeur seulement, comme personne déférant le serment nécessaire. Mais dans l'opinion dominante, d'après laquelle la délation appartiendrait aux deux parties sans distinction, on a objecté les lois : 9 § 3 D. XII, 2 : *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum ut iurem eum dare oportere etc.* ; l. 9 § 6 D. h. t. :... *idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum procurator, reo deferente iuraverit dari mihi oportere...* ; l. 13, § 6 D. h. t. :... *si quis iuraverit dari sibi oportere...* Mais ces textes étant tirés du livre XXII *ad Edictum* d'Ulpien, se rapportent au serment volontaire. On peut dire de même, de la loi 25, § 1 D. de pec. const. XIII, 5 : *Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris...* Il s'agit aussi du serment volontaire. La démonstration en sera faite plus loin. — On a objecté encore les Sentences de Paul, livre II titre I *de rebus creditis et de iureiurando* :

§ 1 : *In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus iusiurandum deferat, audiendus est ; hoc enim et compendio litium et æquitatis ratione provisum est.*

§ 2 : *Deferre iusiurandum prior actor potest : contrarium autem de calumnia iusiurandum rea competit.*

Comme l'observe Demelius (12), les § 2 et 4 sont au-

(12) *Loc. cit.*, p. 128 et suiv.

thentiques, alors que les § 1 et 2 sont visiblement interpolés par les compilateurs wisigoths du *Bréviaire* d'Alaric — par l'intermède desquels les Sentences nous sont parvenues — qui ont transformé l'institution du *iusiurandum necessarium* conformément au droit de leur époque. En effet, l'expression *in pecuniariis causis* du § 1, a le sens de procès civils par opposition aux procès criminels, sens donné par les compilateurs et en contradiction avec le droit classique, où comme nous le verrons, le serment nécessaire a comme domaine principal le *si certum petitur*, et non pas tous les procès civils. Quant à la phrase : *contrarium autem de calumnia iusiurandum reo competit* du § 2, elle suppose le *iusiurandum de calumnia* prêté par le défendeur, ce qui contredit le principe établi en cette matière à l'époque classique par le commentaire d'Ulpien sur l'édit, livre XXVI, où il traite du serment nécessaire : loi 34, § 4 D. XII, 2 : *Qui iusiurandum defert prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur*. Donc le défendeur auquel le serment est déféré a le droit d'exiger du demandeur le *iusiurandum de calumnia*, qu'il n'agit pas par esprit de chicane. A l'époque des compilateurs wisigoths l'institution du serment nécessaire a perdu de son caractère nettement tranché au III^e siècle de l'ère chrétienne, et est assimilé au serment probatoire de la procédure *in iudicio*, notamment il ne dispense plus du jugement. En cette situation le *iusiurandum*

de calumnia incombe au défendeur. En plus, la priorité conservée par le § 2 au demandeur, suppose l'atténuation du droit exclusif d'autrefois (13). Ainsi donc, les textes invoqués à l'encontre de l'opinion émise pour la première fois par Demelius, ne prouvent rien. — En outre les commentaires de l'édit supposent toujours le demandeur comme déférant le serment nécessaire, *audiendus, non audiendus erit a prætore*, et le défendeur comme prêtant ce serment, *qui iurare compellitur*, par exemple la l. 35, D. XII, 2 tirée du livre XXVIII de Paul *ad Edictum*, où il parle du serment nécessaire.

D'après la teneur de l'édit dans la l. 34, § 6, D. XII, 2, la délation du serment nécessaire met le défendeur dans l'alternative : payer ou jurer. Pour sortir de cette situation, la loi 34, § 7, D. XII, 2 lui donne la faculté de référer le serment au demandeur : *Datur autem et alia facultas reo, ut si malit, referat iusiurandum*. Cette relation a de même que la délation le caractère de la nécessité, car le texte cité continue : *et si is qui petet condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei prætor non dabit, etc.*

Ainsi d'après ce qui précède, le serment nécessaire ne peut être déféré que par le demandeur seulement, et rélééré que par le défendeur. Ces caractères font défaut au serment volontaire. Celui-ci peut être

(13) M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 139.

déféré indifféremment par l'une des parties à l'autre, et peut par conséquent être référé de la même manière. La contrainte fait défaut à la relation tout aussi qu'à la délation. Mais la question demande un examen plus minutieux.

En ce qui concerne la délation du serment volontaire, tout le monde est d'accord et il n'y a pas un texte extrait des commentaires de l'édit de *iureiurando* qui contredise qu'il n'y a pas de restriction de la nature de celle du serment nécessaire. La difficulté arrive avec la relation. Que celle-ci soit tout aussi dépourvue de contrainte que la délation, cela résulte d'une façon indirecte de la l. 17, pr. D. XII, 2 : *Iusiurandum, quod ex conventione extra iudicium deferretur, referri non potest*. Ce texte veut dire que la relation avec contrainte est refusée au serment volontaire. Contre cette manière d'interpréter le texte, adoptée par Demelius (14) à la suite de Bethmann-Hollweg (15), s'est élevé tout récemment M. Debray (16) qui est d'avis qu'il n'y a pas de relation sans contrainte. Mais ceci contrarierait l'esprit de symétrie dont est animée l'institution du serment : proposition et contreposition au profit de l'une des parties seulement — serment nécessaire ; proposi-

(14) *Loc. cit.*, p. 30.

(15) *Röm. civ. Prozess*, II, p. 574, n. 7.

(16) *Contrib. à l'étude du ser. néc. dans la Nouv. Rev. Hist.*, 1908, p. 346, n. 1.

tion et contreposition au profit des deux parties — serment volontaire. L'une avec contrainte, l'autre sans contrainte. Il n'est pas absolument exact de dire, comme il le fait, que l'expression *relatio* n'est employée que dans des textes se rapportant au serment nécessaire seulement, car notre texte, l. 17 pr., D. XII, 2, qui est extrait du livre XVIII *ad Edictum* de Paul, donc s'occupant du serment volontaire, parle de la *relatio*. Il dit encore que l'expression *relatio* a toujours le sens d'un acte ayant un effet de contrainte, et qu'il n'y a pas un texte des commentateurs de l'édit relatif au serment volontaire, qui bien qu'il en eût l'occasion, ait parlé d'une *relatio* sans contrainte. A cette assertion nous opposons les fragments 24 et 25 D. XII, 2, tirés des livres XXVIII *ad Edictum* de Paul, et XXVI *ad Edictum* d'Ulpien, où ils s'occupaient du serment nécessaire, et ont été pour cette raison attribués à ce serment par M. Debray, mais qui d'après nous, en suivant l'opinion de Demelius, doivent être attribués, malgré cela, au serment volontaire.

Il est tout d'abord fort possible que l'indication de l'origine de ces deux textes soit le résultat d'une erreur de copiste, qui ait changé les chiffres XVIII de Paul en XXVIII, et XXII d'Ulpien en XXVI. Il serait encore possible que les commentateurs, même en s'occupant du serment nécessaire, aient été amenés à parler du serment volontaire, car la rubrique

si certum petetur mentionnait en dehors de l'édit sur le serment nécessaire, aussi la *condictio certæ pecuniæ*, la *sponsio et restipulatio tertie partis* et la *condictio triticaria* (17), et ils avaient à propos de ces *condictiones* l'occasion de parler du serment volontaire comme moyen de mettre fin au litige sur le *dare oportere* (18). Cette assertion est renforcée par la l. 39, D, XII, 2, tirée du livre X des *Digesta* de Julien, où il traitait en principe du serment nécessaire, et qui s'occupe pourtant du serment volontaire — *cum debitore suo pepigerit; est enim iusta conventio* — à l'occasion de la *condictio indebiti*.

M. Debray même (19), reconnaît ces possibilités comme plausibles, à condition toutefois, que le contenu des textes en discussion soit inapplicable au serment nécessaire et applicable seulement au serment volontaire. Ces textes sont ainsi conçus :

Fr. 25 d'Ulpien : *Sed et si servus meus, delato vel relato ei iureiurando, iuravit rem domini esse vel ei dare oportere, puto dandam actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem.*

Fr. 24 de Paul : *Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes, condicionem eorum,*

(17) Lenel, *Edit perpétuel*, éd. fr., I, p. 268.

(18) Dans le même sens M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 136, n. 4.

(19) *Loc. cit.*, p. 347.

quibus subiecti sunt, non faciunt deteriore. —

A ces deux textes se relie très intimement pour leur entendement, le fr. 23 d'Ulpien :

Si servus iuraverit dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est sibi que adversarius imputabit, qui servo detulit iusiurandum.

Même d'après leur contenu, ces textes doivent être rapportés au serment volontaire. En effet, en ce qui concerne le fr. 23, il est manifeste qu'il ne peut traiter du serment nécessaire, à cause de la mention qu'il fait, que le serment est prêté par l'esclave. Or, ce serment ne peut avoir lieu qu'*in iure*, il est une partie de la procédure à laquelle l'esclave ne peut prendre part ni comme demandeur ni comme défendeur, car il ne peut être titulaire de droits. Indirectement donc il ne peut fournir un pareil serment (20). Contre cela M. Debray invoque (21) l'utilité qu'aurait pour le *dominus* une pareille intervention de la part de son esclave — chose que nous ne contestons guère, mais que nous ne pouvons admettre en regard des principes sur la capacité de l'esclave. Mais il dit plus loin (22) qu'il ne croit pas que cette intervention soit incompatible avec les notions romaines sur la personnalité de l'esclave, et en particulier

(20) Dans le même sens Lenel, *Palinogenesia iuris civilis*, I, sous Paul, n° 432, n. 2, *in fine*.

(21) *Loc. cit.*, p. 348.

(22) *Loc. cit.*, p. 349.

avec son incapacité d'ester en justice, car ici, il ne s'agit pas de faire un procès, mais de l'éviter. Et il continue en disant que ce serment, l'esclave ne pourra le fournir que si l'adversaire y consent, et il cite à l'appui la phrase du fr. 23 : *sibiue adversarius imputabit, qui servo detulit iusiurandum*, réflexion qui serait un peu naïve s'il s'agissait du serment volontaire, mais qui serait bien plus profonde s'il s'agissait du serment nécessaire, Ulpien faisant allusion au principe que ce serment spécial, serment de procédure, l'esclave n'a le droit de le prêter que si l'adversaire y consent. Tel est son raisonnement. — Or, de deux choses l'une : ou l'intervention de l'esclave est compatible avec les principes, et alors on n'a pas besoin de recourir au consentement de l'adversaire, ou son consentement est nécessaire à la prestation *in iure* du serment par l'esclave, et alors cela prouve que c'était un moyen pour tourner les principes. Mais on ne peut conserver les deux propositions qui s'excluent l'une l'autre. — Et, d'autre part, la question de l'incapacité de l'esclave d'ester en justice ne doit pas faire doute, car elle embrasse toutes les opérations qui ont lieu *in iure*, à l'occasion d'un procès, même si elles ont pour but de l'éviter, et parmi celles-ci doit figurer le serment nécessaire, qui est lui aussi une partie de la procédure. C'est renverser tous les principes, que d'admettre que la person-

nalité de l'esclave pourrait être complétée suivant le caprice de l'adversaire, suivant que ce dernier en donnerait ou en refuserait son consentement. — Quant à la phrase du fr. 23, nous ne voyons pas pourquoi elle serait plus naïve s'il s'agissait d'un serment volontaire que d'un serment nécessaire fourni par l'esclave, dans la théorie de M. Debray, après le consentement de l'adversaire, car dans l'un comme dans l'autre cas, l'adversaire doit s'en prendre à lui-même d'avoir consenti à un serment auquel il n'était pas obligé d'être soumis. On n'en peut donc tirer aucune conclusion contre nous. Le *sibique imputabit*, etc., se comprend fort bien, au contraire, si on admet, comme nous le verrons dans la suite, à l'occasion de l'explication du fr. 24, D. XII, 2, qu'il s'agit dans notre fr. 23 du serment volontaire extra-judiciaire. En effet, dans les fr. 20 et 22 h. t. Paul traite du serment qui intervient à propos des rapports directs, nés entre l'esclave et le tiers relativement au pécule, et il donne une *actio de peculio* contre le maître du chef de l'esclave. Dans les fr. 23 et 25 h. t. Ulpien traite, au contraire, du serment de l'esclave qui intervient par l'ordre de son maître dans des rapports nés entre ce dernier et le tiers, et alors le tiers doit s'en prendre à lui-même d'avoir accepté l'esclave à la place du maître. C'est à cette occasion que la phrase incriminée a été écrite. En outre, si on admettait qu'il s'agissait dans notre

texte d'un serment nécessaire conditionné par le consentement de l'adversaire, ne verrait-on pas s'effacer par cette interprétation la différence essentielle quant à leur nature, entre les deux genres de serments, l'un nécessaire, l'autre conventionnel, dans ce cas particulier? Signalons aussi une contradiction chez M. Debray. Après avoir caractérisé à la page 351 avec l'épithète de *mots*, le principe que l'esclave ne peut prêter le serment nécessaire, qui est une pièce de la procédure, il dit à la page 438, n. 1 in fine: « ... serment nécessaire qui pouvait être considéré comme un acte de procédure auquel l'esclave ne peut intervenir ». — Nous considérons pour tous ces motifs comme ayant échoué, les essais de faire participer l'esclave au serment nécessaire.

Mais ce qui détermine M. Debray à penser au serment nécessaire dans le fr. 25, c'est l'emploi du mot *relato* (23). La mention de la *relatio*, qui ne pourrait avoir que le sens technique de la *relatio* avec contrainte, serait décisive. Or, c'est le caractère technique de *relatio* avec contrainte que nous repoussons. — De l'examen du texte il en tire les conséquences suivantes (24). L'esclave s'est vu déférer ou référer le serment : déférer c'est l'esclave du défendeur ; référer, celui du demandeur. Il a juré que la chose appartient au maître, ou qu'il est dû au maître

(23) *Loc. cit.*, p. 351.

(24) *Loc. cit.*, p. 437.

iuravit rem domini esse vel ei dare oportere. La rédaction du texte laissant indécise la question de savoir s'il faut appliquer le serment *rem esse* à la délation, le serment *ei dari oportere* à la relation ou si le serment étant déféré ou référé à l'esclave, quelle qu'ait été l'hypothèse, il a juré *rem esse* ou *ei dari oportere*, il se prononce pour cette dernière solution comme étant plus naturelle et que nous adoptons aussi du reste. Mais où son système est forcé, c'est quand il dit, relativement au serment de l'esclave intervenant sur un *dari oportere*, que le texte parle d'abord du serment de l'esclave du demandeur prêté à la suite d'une relation de la part du défendeur, mais qu'il concerne aussi l'esclave du défendeur dans les deux hypothèses suivantes : 1° Sur le serment déféré par le demandeur, l'esclave du défendeur jure un *dari oportere* pour l'opposer en compensation à la créance du demandeur et 2° l'esclave du défendeur poursuivi par une *condictio indebiti*, sur le serment déféré par le demandeur jure *dari oportere*. Non seulement la première hypothèse du serment prêté par l'esclave du défendeur à la suite de la délation du demandeur, pour l'opposer en compensation, est impossible, car il y a incongruité entre la délation du demandeur et la prestation du serment du défendeur, chacun ayant son objet spécial et différent; mais en admettant même qu'elle serait vraie, ces hypothèses sont des cas

exceptionnels dans lesquels le défendeur jurerait sur la délation du demandeur, *dari oportere*. Or, le texte ne pouvait s'occuper des exceptions alors qu'il émettait des principes relativement à la sanction de la prestation du serment. Et même en l'admettant il aurait dû commencer par *relato* comme étant le cas le plus fréquent d'un serment sur le *dari oportere*, et il aurait continué par *delato*, comme moins fréquent, et n'aurait pas commis une *inelegantia*. Ce qui a poussé M. Debray à recourir à cette interprétation forcée, c'est que s'il avait rapporté le *delato* du texte, au serment de l'esclave du demandeur — ce qui est naturel de le faire, puisque le serment est prêté *ei dari oportere*, et que la mention de la *dela-tio* figure avant celle de la *relatio*, comme étant le principal cas d'application de ce serment — il y aurait eu une délation du serment nécessaire par le défendeur au demandeur, fait impossible. Cette difficulté n'existe pas dans notre système, qui est pour cela plus simple, et d'après lequel il ne s'agit dans le texte que du serment volontaire de l'esclave du demandeur sur le *dari oportere*, lui ayant été déferé ou référé par le défendeur.

Ce qui fait disparaître toute ombre de soupçon et prouve que ce texte doit être attribué au serment volontaire, c'est l'emploi des expressions : *propter religionem et conventionem et pacti exceptionem*. Cela ne veut rien dire, d'après M. Debray, qui envi-

sage le serment nécessaire aussi comme le résultat d'un pacte. Mais encore une fois, ne serait-il pas alors tout aussi conventionnel que l'autre serment ? Il invoque aussi le fr. 35, § 1, D. XII, 2, tiré du livre XXVIII de Paul *ad Edictum*, Pal. n° 433, considéré par Lenel et Demelius comme se rapportant au serment nécessaire, mais que nous estimons être relatif tant au serment nécessaire qu'au serment volontaire. En effet, ce texte parle de l'incapacité générale de déférer le serment, et n'importe quel serment, que celui-ci intervienne à titre de convention, de paiement ou de jugement.

Enfin, la solution donnée par notre fr. 25, est la suivante. Il y aura une *actio*, lorsque c'est l'esclave du demandeur qui jure sur délation ou relation *rem domini esse* ou *ei dari oportere*; et une *exceptio pacti* lorsque c'est l'esclave du défendeur qui jure sur délation ou relation, *rem domini esse*. Et c'est plus naturel de donner cette application à l'*exceptio pacti*, que de l'employer pour sauvegarder le défendeur qui a juré à son profit une créance contraire à celle du demandeur.

Voilà donc un texte qui fait allusion au sens non technique de la *relatio*, c'est-à-dire à la *relatio* sans contrainte.

Passons maintenant à l'autre texte, le fr. 24, D. XII, 2, que nous croyons avoir employé la même expression *referentes*, dans le même sens : sans con-

trainte, le texte se rapportant lui aussi au serment volontaire. Par ce fragment, Paul, qui avait probablement parlé lui aussi de l'esclave, complétait la pensée d'Ulpien, et c'est pourquoi il est mentionné par les compilateurs à la suite du fr. 23 d'Ulpien, qu'ils avaient pris pour guide. Ces deux textes étant liés étroitement par l'expression *multo magis*, et le fr. 23 étant applicable au serment volontaire, le fr. 24 y est aussi relatif (25). Quant à la phrase : *cum quo etiam iudicium consistere potest*, elle veut dire que le serment volontaire du fils de famille profite au père beaucoup plus que le serment volontaire de l'esclave, car il peut prendre part au procès alors que l'esclave ne peut ester en justice, n'étant pas sujet de droits, et par conséquent, ne peut fournir ni un serment nécessaire ni un serment volontaire qui aurait lieu en justice (26). Alors que le serment volontaire de l'esclave profite au maître en tant qu'il est extrajudiciaire, celui du fils profite au père, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire. Nous croyons meilleure — étant conforme au principe que rien de ce qui a lieu en justice ne peut être entrepris par l'esclave — cette interprétation du texte, comme relatif au ser-

(25) V. aussi Demelius, *loc. cit.*, p. 24.

(26) Il s'agit donc dans les fr. 20, 22 et 23, 25 D. XII, 2, du serment volontaire extrajudiciaire, car il y est question du cas spécial où c'est l'esclave qui intervient dans le serment.

ment volontaire, que celle de M. Debray (27), d'après lequel le serment nécessaire du fils de famille profite au père beaucoup plus que celui de l'esclave, l'adversaire ne pouvant opposer aucune incapacité d'estimer en justice au fils, alors qu'il le peut vis-à-vis de l'esclave et celui-ci ne peut procéder au serment que si l'adversaire y consent (28).

Quelles personnes peuvent déférer et prêter le serment
nécessaire ?

Le serment nécessaire ayant toujours lieu *in iure* donc à l'occasion d'un procès, on y exige en principe la même capacité que pour pouvoir ester en justice. Il n'y a que ceux qui peuvent figurer dans un pro-

(27) *Loc. cit.*, p. 353.

(28) Nous ne croyons pas qu'on doit attribuer aux compilateurs l'expression *multo magis*, comme le fait Lenel dans sa *Palingsnesia* sous Paul, n° 432, n. 2, car on devrait admettre l'interpolation aussi pour la phrase *cum quo etiam iudicium consistere potest*, qui ne fait qu'expliquer le *multo magis*, et aussi pour *ipsi et referentes*, et en général pour toute la phrase qui est mise au pluriel. Ce serait exagéré, et le texte s'explique très bien du reste, sans recourir à l'aide de l'interpolation, qui n'était employée par les compilateurs que pour mettre en harmonie le texte avec le droit de leur temps, voulant ainsi donner un poids plus grand à leurs affirmations. Or, on ne voit rien dans notre texte, qui leur étant contraire, les ait poussé à cette extrémité.

cès et sous les mêmes conditions, comme demandeurs ou comme défendeurs, qui peuvent déférer ou prêter un pareil serment. Ainsi, en premier lieu, cette faculté faisant défaut à l'esclave, parce qu'il ne peut rien avoir en propre, et par conséquent, ne peut pas être titulaire de droits, il est exclu par là même du droit de prendre part au serment nécessaire (29). C'est pour cela aussi, que nous avons attribué les fragments 23 et 25, D. XII, 2, discutés plus haut, au serment volontaire extrajudiciaire. — Les *latini, veteres* ou *coloniarii*, ont toujours pu figurer devant le préteur urbain, dans les *legis actiones* (30). — Au contraire, les pérégrins n'ont pu *lege agere* que dans de très rares cas, lorsque ce droit leur avait été conféré par des traités spéciaux, à tous les pérégrins dans des matières déterminées, ou à quelques catégories de pérégrins seulement, dans toutes les matières (31). Leur condition devint égale à celle des citoyens, depuis la création de la préture pérégrine, et ils purent dès lors user de la procédure formulaire, et

(29) V. Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 92, 139 : incapacité d'estimer en justice, sauf dans la procédure *extra-ordinem* : *loc. cit.*, p. 97. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, I. Ancien droit, 1891, p. 192, 193.

(30) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 109. — Cuq, *Inst. jur. des Romains*, I. Ancien droit, 1891, p. 708 et I, 1904, p. 156. — Mommsen, *Droit public romain*, 6, 2, p. 220, 221.

(31) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 113, n. 2.

par conséquent, aussi du serment nécessaire (32).

Le *filiusfamilias*, tout comme l'esclave, ne pouvait figurer en son propre nom dans une *legis actio*, car comme lui, il n'avait rien en propre, n'avait pas de patrimoine. Et cela d'autant plus, qu'il y avait alors l'exécution sur la personne, et le créancier pouvant utiliser ses services à défaut de paiement, il aurait pu porter préjudice aux droits du *paterfamilias* (33). Il ne pouvait non plus y figurer au nom du *paterfamilias*, à cause du principe *nemo alieno nomine lege agere potest*. Au contraire, dans le droit classique, à la différence de l'esclave, il pouvait ester en justice, car à cette époque l'exécution sur la personne n'existait plus, et il pouvait avoir un patrimoine, et même en dehors de cela, il pouvait intenter une action d'injures, l'interdit *quod vi aut clam*, les actions *in factum* du dépôt et du *commodat*, et la *querella inofficiosi testamenti* (34). — La *filiafamilias*, la femme *in manu* qui est *loco filix* et la femme sans *manus*, *alieni iuris*, ne pouvant avoir rien en propre, et ne pouvant s'obliger, ne

(32) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 111, 113. — Cuq, *Inst. jurid.*, I, Ancien droit, 1891, p. 712, et I, 1904, p. 157.

(33) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 136. — Cuq, *Inst.*, I, 1891, p. 192, 193.

(34) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 141, texte et n. 4. — Cuq, *Inst. jurid.*, II, Droit classique, 1902, p. 121. — V. aussi l. 24, D. XI, 2, et l. 2 pr. D. XLIV, 5.

pouvaient pas ester en justice et donc ne pouvaient prendre part au serment nécessaire (35).

Parmi les personnes *sui iuris*, l'*infans* et l'*infantiae proximus*, ne peuvent d'aucune manière ester en justice, à cause du manque absolu de discernement et de volonté attaché à leur âge. Ce sera le tuteur qui agira à leur place (36). — L'impubère sorti de l'*infantia*, pouvant en principe faire seul tous les actes qui rendent sa condition meilleure, et avec l'*auctoritas tutoris* ceux qui rendent sa condition pire, a nécessairement besoin de cette *auctoritas* non seulement pour pouvoir ester en justice, mais aussi pour pouvoir déférer le serment, qui, par cela qu'il est un paiement, implique la capacité d'aliéner (37). Par contre, il lui est complètement impossible de prêter le serment nécessaire, ainsi que le dit la loi 34, § 2, D. XII, 2, tirée du livre XXVI d'Ulpien *ad. Ed.*: *Pupillo non defertur iusiurandum*, car s'il ne peut rendre sa condition pire, à plus forte raison on ne peut l'y contraindre. Et ce n'est pas l'*auctoritas tutoris* qui enlèverait la prohibition, car du moment que le pupille demande l'*auctoritas* pour pouvoir jurer, c'est que cela dépend de son bon vouloir, et comme la caractéristique du serment nécessaire est

(35) Cuq., *Inst.* I, 1891, p. 192 ; II, 1902, p. 335.

(36) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 211. — Cuq, *Inst.*, I, 1891, p. 322 ; II, 1902, p. 156.

(37) V. l. 17, § 1, D. XII, 2, et l. 1, § 1, D. XLIV, 5.

justement la contrainte, il n'y aurait dans ce cas qu'un serment volontaire. L'on voit, la notion de l'*auctoritas* exclue la notion du serment nécessaire. — Quant aux femmes pubères *sui iuris*, qui étaient elles aussi en tutelle, on doit leur appliquer les mêmes solutions que pour l'impubère *sui iuris*, tant que leur tutelle a été sérieuse, c'est-à-dire seulement jusqu'à l'abolition de la tutelle légitime des agnats par la loi Claudia au début de l'Empire, car, d'une part, les autres tuteurs étaient contraints de donner leur *auctoritas*, et d'autre part, l'acquisition du *ius liberorum* dispensait la femme de la tutelle, si elle avait trois enfants étant ingénue, ou quatre enfants étant affranchie.

Le fou est complètement incapable à cause de son état naturel, et c'est le curateur qui agira à sa place au moyen de la *negotiorum gestio*, comme au cas de tutelle. Cette incapacité, attachée à la folie, dure autant qu'elle, et n'existe plus par conséquent dans les intervalles lucides (38). — De même pour le cas du prodigue, qui est capable de rendre sa condition meilleure, mais incapable de la rendre pire, il ne pourra jamais être habilité par le *consensus curatoris*, et ce sera toujours le curateur qui agira à sa place au moyen de la *negotiorum gestio* (39). — En ce

(38) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 222-224. — Cuq, *Inst.*, II, 1902, p. 164, 166.

(39) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 226. — Et Paul XXVIII, *ad Ed.*, l. 35, § 1, D. XII, 2.

qui concerne le *minor XXV annis*, il y a trois époques à considérer relativement à sa capacité. Dans les premiers siècles de Rome, jusqu'à la loi *Plætoria*, le pubère, quoique *minor XXV annis* était complètement capable. A partir de cette loi, quoique capable de rendre seul sa condition pire, il peut, s'il veut, requérir le *consensus* d'un curateur nommé expressément pour cet acte, et il a en plus, dès le début de l'Empire, la faculté de recourir à l'*in integrum restitutio* qui lui est donnée *cognita causa* pour le cas de lésion (40). Enfin, à l'époque classique, sa condition se rapproche de celle des impubères en tutelle. La curatelle devient une institution permanente, et le curateur peut agir lui-même par la *negotiorum gestio*, ou peut faire agir le mineur avec son *consensus*, qui devient une institution symétrique à l'*auctoritas*. Si le mineur n'avait pas de curateur, ce qui était très rare, il était complètement capable, sauf le recours à l'*in integrum restitutio* (41).

Mais l'incapacité de prendre part au serment nécessaire existait aussi pour des personnes qui pouvaient ester en justice. Ainsi, parmi les représentants judiciaires, le *procurator* du demandeur, qu'il agisse en qualité d'administrateur général du patri-

(40) V. I. 9, § 4, D. XII, 2.

(41) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 227-232. — Cuq, *Inst.*, II, 1902, p. 169, 170.

moine, ou qu'il intervienne en vertu d'un mandat spécial pour soutenir le procès, le *tuteur*, et le *curateur* du fou, du prodigue, et du mineur de 25 ans, qui lui sont assimilés, et qui en dehors de l'*auctoritas* et du *consensus* peuvent procéder eux-mêmes à la *negotiorum gestio* du patrimoine de l'incapable, et ester en justice à cet effet, en le représentant, ne peuvent pas, déférer le serment nécessaire, car cela dépasserait les limites de leur pouvoir, ainsi que le dit Ulpien dans son livre XXVI, *ad. Ed.*, l. 19, D. XII, 2 :

Si itaque mandatum fuit procuratori, ut petat, ille iusiurandum detulit, aliud fecit, quam quod mandatum est.

Et même si le *procurator* avait un mandat à ce sujet, il ne pouvait non plus déférer le serment nécessaire, car à cause de son mode de constitution incertaine et non formelle, il ne déduit pas en justice le droit du représenté, qui pourrait ainsi agir une seconde fois contre le défendeur, comme le remarque toujours Ulpien dans son livre XXVI, *ad Ed. fr.* 18, D. XII, 2, et qui est ainsi conçu :

Alias autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, Julianus lib. 10 Digestorum scribit : ne postea reus qui semel iuravit, a domino conveniatur : nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum : sive enim dominus petat cogetur docere reus liquido se iurasse, posita scilicet

cet exceptione : sive ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere.

C'est pour la même raison, qu'à l'inverse, le *procurator* du défendeur ne peut être non plus contraint à prêter un serment nécessaire : Ulpien XXVI, *ad Ed.*, fr. 34, § 3, D. XII, 2 :

Procurator non compellitur iurare nec defensor et ita Julianus scribit lib. 10 Digestorum, defensorem iurare non compelli : sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere.

Ce danger n'existant pas pour le cas d'un *municipe* ou autre personne juridique, car celle-ci ne peut agir que par l'intermédiaire de ses représentants, il en résulte que ceux-ci peuvent déférer le serment nécessaire, s'ils ont un mandat à ce sujet, comme le dit Ulpien, XXVI, *ad Ed.*, fr. 34, § 1, D. XII, 2 :

Defensor municipum vel cuiusve corporis iusiurandum deferre potest, si super hoc mandatum habeat.

Il suit donc de tout cela, que le *cognitor*, qui peut déduire en justice le droit du représenté, peut aussi prendre part au serment nécessaire, tant comme demandeur que comme défendeur, non seulement sous la procédure formulaire, mais aussi sous les *legis actiones*, dans la mesure où sa représentation était permise malgré le principe *nemo alieno nomine lege agere potest*. — Mais bien entendu, tous ceux qui, frappés de l'infamie prétorienne, étaient exclus du

droit d'être *cognitores*, étaient par là même exclus du droit de déférer ou prêter le serment nécessaire.

Il y a ensuite une obligation générale à tous ceux qui peuvent déférer le serment nécessaire, c'est de prêter à leur tour, dans le cas où cela a été exigé par l'adversaire, le *iusiurandum de calumnia*, c'est-à-dire qu'il n'agissent pas par esprit de chicane en déférant le serment nécessaire, qu'ils sont de bonne foi (42), faute de quoi ils sont déchus du droit de déférer ce serment : Ulpien XXVI, *ad Ed.*, fr. 34, § 4, D. XII, 2 (43) :

Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur : deinde sic ei iurabitur. Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur.

Ce *iusiurandum de calumnia* ne peut pas être exigé du défendeur qui a référé le serment nécessaire, car son adversaire, le demandeur, ne peut pas se plaindre de chicane, puisque c'est lui-même qui a pris l'initiative de la délation du serment nécessaire : Ulpien XXVI, *ad Ed.*, fr. 34, § 7, D. XII, 2. Il n'est non plus exigé du *parens* et du *patronus* : l. 14, h. t., 16, h. t., et l. 13, § 14, D. XXXIX, 2.

(42) Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 999, n. 1, p. 1033, n. 3. — Hitzig, dans Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, 3, 1897, au mot *Calumnia*.

: (43) V. aussi Ulpien XXXIII, *ad Ed.*, fr. 37, D. XII, 2.

Il existe enfin, en dernier lieu, pour le *Flamen Dialis* et la *Virgo Vestalis*, non pas une interdiction de prendre part au serment nécessaire, mais seulement la faculté de ne pas être contraint à le fournir (44), ainsi que cela résulte d'un passage d'Aulugelle (45), où il reproduit les paroles du préteur :

Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam (46).

Cette faveur peut s'expliquer par le fait, qu'étant considérés comme des représentants terrestres de la divinité, ils ne pouvaient pas donner par le serment prise à un autre dieu sur eux (47). Il semble aussi que cette dispense de coërcition a été étendue par la *lex*

(44) Mispoulet, *Nouvelle Revue historique*, 1888, p. 355, 356.

(45) *Noctes Atticæ*, X, 15, 31.

(46) V. aussi Plutarque, Q. R., 44, où il en donne plusieurs raisons.

(47) Dans ce sens May, *Revue des études anciennes*, 1905, p. 6. Il réfute à juste raison, l'opinion qui considère que le *Flamen Dialis* est dispensé du serment parce que le serment enchaîne celui qui le prononce, et comme il est d'essence divine il ne peut être enchaîné par aucun lien humain, en rapprochant cette idée de celle de l'interdiction d'avoir des nœuds à son vêtement. En effet, on aurait dû alors lui interdire aussi de contracter des obligations, et puis la *virgo Vestalis* n'est pas soumise à la prescription des nœuds. V. dans le sens de l'opinion réfutée, Aron, *Nouv. Rev. Hist.*, 1904, l'article sur le *Flamen Dialis* et la *virgo Vestalis* ; Wissow, *Die Religion und Kultus der Römer.*, p. 435.

du *concilium* de la province de Narbonne (48) à la *flaminica*, femme du *flamen provinciæ* : *neve invita iurato* (49).

(48) *Corpus Inscriptionum Latinarum*, 6038.

(49) V. May, *Rev. des études anc.*, 1905, p. 6, n. 2 et les renvois qu'il donne.

CHAPITRE III

Différence quant à l'édit et quant à la formule. — Edit « *si certum petetur* » — édit « *de iureiurando* ». — Formule du serment arrêtée par la formule d'action — formule du serment arrêtée par la volonté des parties.

A

DIFFÉRENCE QUANT A L'ÉDIT

Celui qui concernait le serment nécessaire, et qui faisait partie de la rubrique *si certum petetur* du titre *de rebus creditis* (50), nous a été transmis par Ulpien dans son l. XXVI *ad Edictum*, P. 762, fr. 34, § 6, D. XII, 2 :

*Ait prætor : eum a quo iusiurandum petetur,
solvere aut iurare cogam.*

Il serait possible que la phrase fût interpolée, et qu'il y eût : *eum a quo certum petetur*, comme l'a

(50) Girard, *Textes de droit romain*, p. 140.

soutenu Gradenwitz (51), et peut-être aussi à cause de la rubrique *si certum petetur*, dont elle faisait partie. Mais nous ne croyons pas que le mot *petetur* constitue une interpolation, dans le sens que l'expression technique était dans ce cas — ainsi qu'on l'a soutenu — *iusiurandum deferre* et non pas *petere* (52), car ce mot s'accorde tout aussi bien avec le sens — demande adressée à l'autre partie de prêter serment, et au magistrat de remplir l'engagement pris dans son édit — qu'avec la rédaction de la phrase: *a quo... petetur*, alors qu'avec l'interpolation on aurait dû dire: *cui iusiurandum defertur*, puisque *eum a quo iusiurandum defertur, solvere aut iurare cogam*, n'a pas de sens. A plus forte raison on n'a pas besoin de recourir à cette interpolation, si on admet la lecture de Gradenwitz: *eum a quo certum petetur*.

Mais l'édit, tel qu'il nous a été transmis, est incomplet, ce qui résulte aussi de sa place au milieu du commentaire (53). Et, en effet, après avoir réglé les questions que soulevait la théorie du serment de la part de celui qui le déférait, savoir: dans quelles matières il pouvait le déférer: l. 34, pr. D. XII, 2;

(51) Z. R. G. v. XXI, p. 275, et Z. S. S. fur R. G. röm. abt., vol. VIII, p. 275, 276.

(52) V. en ce sens Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 272; 2^e éd. all., p. 229.

(53) Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 272; 2^e éd. all., p. 229.

par qui il pouvait être déféré : l. 34, § 1, h. t. ; à qui il pouvait être déféré : l. 34, § 2, 3, h. t. : quelles conditions devait remplir celui qui le déférait : l. 34, § 4, h. t. — le § 5 ibidem étant interpolé — l'édit s'occupait ensuite des questions relatives au défendeur, comme : la situation dans laquelle il se trouvait par le fait de la délation du serment, payer ou jurer : l. 34, § 6, h. t. ; la faculté qu'on lui accordait de référer le serment : l. 34, § 7, h. t. ; ainsi que les suites de la prestation, remise ou refus de prêter le serment : l. 34, § 6, 7, h. t., le § 8 étant lui aussi interpolé. Toutes ces questions devaient être réglées par l'édit, et nous ne croyons pas qu'il faut conclure de la formule *solvere aut iurare cogam*, comme le fait M. Debray (54), que l'édit ne pouvait pas mentionner la *facultas referendi* — et qui, par conséquent, aurait dû être introduite par la pratique — en disant que l'édit aurait dû porter : *solvere, iurare aut iusiurandum referre cogam* ; car la *relatio* étant une faculté, et non pas une nécessité résultant d'un *cogere*, ce n'est pas dans cette phrase qu'elle était accordée par l'édit, mais un peu plus loin, et de même qu'il pouvait régler les autres questions relatives au serment, en dehors de la formule *solvere aut iurare*, il pouvait aussi s'occuper de celle-là, en la considérant comme une faveur qu'il accordait au défendeur. Elle ne constitue pas le troisième terme

(54) N. R. H., 1908, p. 362.

de l'alternative. Celle-ci est double, le préteur contraint ou à payer ou à jurer, il contraint à l'une ou à l'autre, mais il ne contraint pas à la *relatio*, qui reste une pure faculté, et dont l'édit s'occupait comme telle. Ensuite l'expression *datur facultas referendi* ne serait-elle pas de nature à faire penser à sa valeur édictale, le préteur employant dans ses édits les termes *dabo* ou *non dabo* ?

Rudorff fait figurer encore dans l'édit, une action comme sanction du serment (§55). Mais l'existence d'une pareille action a été contestée par Lenel (§56) en notre matière, car non seulement les textes qui en parlent sont extraits des commentaires sur l'édit *de iureiurando*, mais encore il en manque toute explication dans les commentaires de notre édit. M. Debray (§57) croit pouvoir conclure de la façon de s'exprimer de Lenel, et notamment de la phrase « cette action basée sur le serment prêté », qu'il aurait implicitement reconnu l'existence d'une pareille action comme sanction du serment nécessaire. Mais Lenel ne dit pas cela, il ne fait que se référer à l'action introduite ici par Rudorff, et celle-ci est celle dont Lenel avait déjà parlé au § 54, et qui n'était pas prévue par notre édit. Du reste, M. Debray reconnaît lui-même qu'il y a contradiction entre la conclu-

(55) *Edicti perpetui quæ reliqua sunt*, § 94.

(56) *Ed. perp.*, § 94.

(57) N. R. H., 1908, p. 450, n. 3.

sion qu'il veut en tirer et ce que Lenel dit quelques lignes plus haut, que l'édit réglait les suites de la prestation du serment, et il admet que celles-ci ne consisteraient pas, d'après Lenel, dans l'*actio iurisiurandi*. Ajoutons à cela les paroles de Lenel (58) : « on ne saurait songer à l'organisation d'un *iudicium* ». Nous reprendrons d'ailleurs la question, quand nous traiterons de la différence entre les deux genres de serments, au point de vue de l'exécution.

En dernier lieu, il est probable que l'édit ait contenu encore la disposition : *Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialem in omni mea iurisdictione iurare non cogam*, qui nous a été transmise par Aulugelle (59). Lenel est ici de l'avis de Rudorff, en la considérant comme édictale, à cause de la formule *non cogam*.

Passons maintenant à l'édit concernant le serment volontaire. C'est en suivant généralement Lenel (60) que nous exposerons les solutions suivantes. Notre édit fait partie du titre *de iudiciis* à la suite de la rubrique *de interrogationibus in iure faciendis*. Dans sa première partie, qui nous a été transmise entièrement par Ulpien XXII, *ad Edictum* fr. 3, pr., 7 pr. D. XII, 2 — on le reconnaît aux mots *ait prætor* — sauf la phrase relative à la re-

(58) *Ed. perp.*, p. 273 n. 1.

(59) *Noctes Atticæ*, X, 15, § 31.

(60) *Ed. perp.*, éd. fr., p. 169 ; 2^e éd. all., p. 145.

missio iurisiurandi, dont l'existence pourtant nous est attestée par Ulpien XXII. *ad Edictum*, fr. 5, § 4, h. t. ; fr. 9, § 1, h. t. ; Paul XVIII *ad Edictum*, fr. 6, h. t. :

Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit, sive id iusiurandum ei remissum fuerit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit (61), neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo (62).

L'édit promettait la *denegatio actionis* pour le cas où le défendeur a juré ou, comme il s'était préparé à jurer, on lui a fait remise du serment. Cette remise du serment est une dispense de jurer, qui a tous les effets de la prestation du serment, à laquelle elle est assimilée.

Pour le même cas, les commentaires de l'édit mentionnent aussi l'existence d'une *exceptio* au profit du défendeur qui a juré. Le double emploi d'une *denegatio actionis* et d'une *exceptio*, s'explique par cela, que si le fait de la prestation du serment est incontesté, la question est tranchée *in iure* par la *denegatio*, alors que si elle comporte discussion, elle sera renvoyée devant le juge au moyen de l'*exceptio*. C'est ce que dit aussi Ulpien XXII *ad Edictum* fr. 9 pr. D. XII, 2 :

(61) Selon Gradenwitz, Z. R. G. XXI, p. 275, la phrase *de qua iusiurandum delatum fuerit* serait une interpolation.

(62) Girard, *Textes*, p. 137.

Nam posteaquam iuratum est, denegabitur actio; aut, si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.

Cette exception n'était pas promise par notre édit, mais par la rubrique *quarum rerum actio non datur* de la partie de l'édit perpétuel consacrée aux exceptions. Cette rubrique contenait les exceptions qui correspondaient à un édit particulier refusant une action. Sa rédaction serait d'après Lenel (63).

Si non N^s N^s A^o A^o deferente iuravit rem qua de agitur Aⁱ Aⁱ non esse (se A^o A^o dare non oportere).

Il serait possible que la question ait été soumise au juge, d'abord sous la forme d'une *præscriptio* : *ea res agatur, si...* car à l'origine il n'y avait pas des *exceptiones*, mais seulement des *præscriptiones*, ainsi que le remarque Keller (64).

Dans sa deuxième partie l'édit *de iureiurando* s'occupait de l'autre face de la question, lorsque c'était le demandeur qui avait juré, et il lui donnait dans ce cas une action *in factum* « *in qua hoc solum quaeritur, au iuraverit dari sibi oportere vel; cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit* (65). La

(63) *Ed. perp.*, éd. fr., II, p. 261 ; 2^e éd. all., p. 492.

(64) *Des actions chez les Romains*, p. 193.

(65) Ulpien XXII, *ad Ed.*, fr. 9, 11, 13, D. XII, 2. — Paul XVIII, *ad Ed.*, fr. 28, § 10, fr. 30, h. t. — Triphon., fr. 29 h. t. — *Inst. Just.*, § 11 (4, 6).

formule de cette action *in factum* serait d'après Lenel (66).

Si paret A^m A^m N^o N^o deferente iurasse rem qua de agitur suam esse ex iure Quiritium,

et lorsqu'il y a eu remise du serment :

Si paret N^m N^m A^o A^o, cum is illo deferente, paratus esset iurare rem qua de agitur suam esse ex iure Quiritium, iusiurandum remisisse.

Il est plus probable que le modèle de formule ait été donné pour le cas de la revendication, car c'est avec celle-ci que commence le commentaire d'Ulpien sur la partie de l'édit relative à l'objet du serment : XXII *ad Edictum*, fr. 9, § 7, fr. 11 et 13 D. XII, 2. C'est pour cette raison que Lenel repousse l'opinion qu'il avait émise dans sa première édition (67), que le modèle de la formule de l'*actio iurisiurandi* prévoyait le cas d'une *condictio certi*, en se fondant sur le fr. 9, § 1, h. t., et il estime que les mots *dari sibi oportere* qui s'y trouvent, constituent une interpolation ou une glose.

Au contraire, M. Debray (68) s'en tient à la première façon de voir de Lenel, et plaide pour la *condictio certi* à l'encontre de la revendication, car, dit-il, on ne sait pas si le commentaire d'Ulpien ne traitait du serment relatif à un *dari oportere* avant le

(66) *Ed. perp.*, 2^e éd. all., p. 146.

(67) *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 170.

(68) N. R. H., 1908, p. 453 n. 1.

serment dans les actions réelles, ou même si Ulpien n'a pas abandonné ici la méthode de l'édit pour en suivre une autre, en se rapportant à la nature de l'objet du serment. Mais, on le voit, ce ne sont là que de pures suppositions, qu'il s'agit justement de démontrer ; or il ne le fait pas. Enfin, dit-il, d'après le fr. 9, § 7, h. t., il y aura deux choses : *actori dabitur actio* et *sed hoc dumtaxat adversus eum qui iusiurandum detulit*. Cette double disposition s'explique si l'édit a pris pour modèle le *dari oportere* ; si, au contraire, le modèle avait été l'action réelle, le jurisconsulte se serait borné à dire que l'action n'est donnée que dans une certaine mesure : *actio dabitur solum adversus eum...* Nous pensons au contraire, qu'Ulpien, malgré qu'il avait devant les yeux la formule de l'action pour le cas de la revendication dont il s'occupait, mais qu'il ne reproduisait pas dans son commentaire, ayant posé la question : *si petitor iuravit possessore deferente rem suam esse*, était obligé d'en donner d'abord la solution : *actori dabitur actio*, car c'était là la réponse immédiate à la question, et après avoir mis ainsi le principe, il pouvait ajouter la restriction : *sed hoc...* Cela tient aussi au principe de la symétrie. En plus, si on croit que la phrase *actio dabitur solum adversus eum*, etc., serait suffisante si la formule est donnée pour le cas de la revendication, nous ne voyons pas pourquoi elle ne l'aurait pas été, si la formule avait été donnée

pour un *dari oportere*, car dans l'un comme dans l'autre cas, on comprend très bien qu'il y aura une *actio* au profit du *petitor qui iuravit rem suam esse*.

La formule peut s'adapter aussi à d'autres actions, comme le prouve Ulpien XXII *ad Edictum*, fr. 9, § 7, fr. 11 et 13, D. XII, 2. La seule difficulté surgit pour les actions pourvues d'une *demonstratio*. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière de rédiger ces formules, et Lenel même, n'attache pas une grande foi à son opinion (69). Mais le problème sortant du cadre de notre étude, ne doit pas retenir notre attention.

B

DIFFÉRENCE QUANT A LA FORMULE DU SERMENT

Le serment intervenant à propos d'un objet déterminé, sa formule devant donc contenir cet objet, la question sera la même que celle qui a trait à la différence des deux genres de serments quant à leur objet.

En ce qui concerne le serment nécessaire, nous n'avons pas de texte, extrait des commentaires sur

(69) *Ed. perp.*, 2^e éd. all., p. 146.

l'édit *si certum petetur*, qui s'occupe de la question, sauf la l. 34, pr. D. XII, 2, où l'on voit qu'il portait : *se Stichum servum dare non oportere*. Mais de la façon de s'exprimer de la l. 34, § 6, h. t. : ... *solvere aut iurare cogam*, il résulte qu'il devait comprendre l'obligation tout entière, car le *iurare* fait le pendant au *solvere*. Si le défendeur accomplit le *solvere*, c'est qu'il reconnaît la dette, *dare oportere* ; dans le cas contraire, il jure qu'il ne doit pas, *non dare oportere*. C'est donc la question de droit qui y est mise en discussion, c'est elle seule qui peut faire l'objet d'un pareil serment, car c'est elle seule que supposent les paroles de l'édit.

Mais les représentants de l'opinion qui était en honneur avant la découverte de la séparation des textes de notre titre du *Digeste* d'après leur origine, ont voulu attribuer aussi les simples faits, comme objet au serment nécessaire, et ce en se fondant sur des textes : l. 3, § 3 ; 13, § 3, 4, 5 ; 26, § 1 ; 28, § 3, 6, 7 ; 29 D. XII, 2 qui tous se rapportent au serment volontaire, comme extraits des commentaires sur l'édit *de iureiurando*. On a voulu encore, dans la même opinion, se baser sur la l. 34 pr. : *Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet* ; mais ainsi que Demelius l'a démontré, le *omnes res* ne veut pas dire : faits, car il est pris en opposition de *pecunias*, qui se rapporte au genre d'action du demandeur. La phrase veut

donc dire seulement dans quelles sortes d'actions le serment nécessaire peut intervenir. L'application aux faits, de l'objet du serment nécessaire, paraît d'autant plus impossible, si on pense, comme cela va être démontré dans le chapitre suivant, que la question litigieuse est à la suite de ce serment définitivement close : si c'est le défendeur qui jure il y a *dene-gatio actionis*, si c'est le demandeur, il pourra procéder à l'exécution (70) ; ce qui n'arriverait pas, s'il n'y avait que certains faits qui seraient mis hors de discussion. Qu'on ne nous dise pas que les faits qui formeraient l'objet du serment nécessaire, sont la quintessence du litige, et qu'eux une fois établis par le serment, la question de droit serait tranchée par la force des choses, car d'une part, il n'est pas dans le pouvoir du demandeur seul — s'il est d'accord sur ce point avec le défendeur, ce n'est plus un serment nécessaire, mais conventionnel — mais du magistrat, de fonder le procès sur un fait déterminé, et d'autre part, le défendeur peut se refuser à jurer ces faits, en opposant d'autres qu'il croit à son tour décisifs.

Ainsi donc, la formule du serment nécessaire doit et ne peut correspondre qu'à la formule de l'action, car c'est dans celle-ci qu'est concrétisée la question de droit qui forme son objet. — M. Debray (71), croit

(70) Dans le même sens, Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr. I, p. 273.

(71) *Loc. cit.*, p. 447 note 7.

avoir trouvé un texte qui contredirait notre système, en ce qu'il contiendrait une modification de la formule du serment, nécessitée par les circonstances. Ce serait la loi 36, d'Ulpien *ad Edictum*, XXVII, P. 796, D. XII, 2, qui s'occupe du serment intervenant dans l'*actio de pecunia constituta*. Mais à le bien lire, ce texte ne fait que confirmer notre opinion, car il dit que dans une *actio de pecunia constituta*; si de *constituta conveniatur*, le serment déferé de *sola constituta pecunia*, donc étant conforme à la formule d'action, produit une exception au défendeur qui jure; et que, au contraire, si l'action originaire est intentée et le serment est déferé toujours de *sola constituta pecunia* ce serment ne portera pas, ne produira aucune exception, parce que évidemment il n'est pas conforme à la formule de l'action intentée. C'est pour mettre en évidence ce contraste qu'Ulpien a écrit le texte. D'un côté l'utilité avec son effet, l'exception; de l'autre l'inutilité: pour le défendeur, qui est dépourvu de l'exception, et pour le demandeur à cause du manque d'intérêt; car quel intérêt peut-il avoir, alors qu'il s'agit dans l'action de l'obligation principale, de faire jurer le défendeur qu'il ne s'est pas constitué débiteur de cette dette pour une autre époque? Et cela, parce que si le défendeur jure qu'il n'y a pas eu de constitut, le demandeur aura toujours le droit de mettre en discussion — au moyen de l'action qui était déjà

intentée — la question de l'existence de la dette primordiale, et si, au contraire, le défendeur refuse de jurer, le demandeur ne pourra pas le poursuivre en vertu de la *constituta pecunia* et profiter de ses avantages spéciaux, car ce n'est pas cela qu'il avait poursuivi en intentant l'action, or, le jugement — en espèce le serment qui en tient lieu — ne peut contenir autre chose qu'il n'avait pas demandé par la formule d'action ; et même en admettant que le demandeur aurait pu profiter des avantages offerts par la *pecunia constituta*, pourquoi recourir à de pareils détours au lieu d'y aller franchement en intentant une *actio de pecunia constituta* ? L'inefficacité d'une modification de la formule du serment, étant donc évidente pour le demandeur, il ne restait qu'à savoir si elle était de quelque utilité pour le défendeur. Et c'est à cet effet qu'Ulpien établit le principe que du moment que la formule du serment n'est plus adéquate à la formule d'action, il n'en profitera pas, s'il jure, *exceptio cessabit*.

En dehors de ce texte, il y aurait encore possibilité pour M. Debray (72) que la formule du serment nécessaire contienne comme objet de simples faits, toutes les fois qu'une convention interviendrait de ce chef entre les parties, et il cite à l'appui un texte tiré du livre X des *Digesta* de Julien et qui se trouve au

(72) *Loc. cit.*, p. 448, n. 1.

D. XII, 2, l. 39. Il nous paraît impossible de supposer qu'une convention intervienne entre les parties pour arrêter la formule du serment, et qu'il s'agisse pourtant d'un serment nécessaire. Si on a accepté les termes du serment, c'est qu'on a accepté le serment en principe, qu'on est d'accord sur ce point. On ne peut pas en même temps être le pour et le contre. Mais alors, s'il y a une convention à ce sujet entre les parties, ce n'est plus du serment nécessaire qu'il s'agit, mais du serment volontaire ou conventionnel. Et les mots : *si quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset se Capitolium non ascendisse*, etc., et : *est enim iusta conventio*, du texte de Julien, mentionné plus haut, sont tout à fait conformes à notre manière de voir. Si on veut que ce serment soit toujours nécessaire, il faut que la nécessité, la contrainte s'applique aussi aux faits, qui formeraient son objet, en supposant qu'une pareille extension de la formule du serment nécessaire serait possible. C'est ce que M. Debray tente de faire, alors qu'il dit qu'en dehors même d'un accord entre les parties, le demandeur peut modifier les termes du serment qu'il déférerait au fidéjusseur ou au codébiteur corréal poursuivi par lui, à l'effet de maintenir son droit contre le débiteur principal ou l'autre codébiteur corréal, parce que le serment nécessaire ayant la valeur de la *litiscontestatio* ou du *iudicium*, prêté par le fidéjusseur libérerait le débiteur principal, et

prêté par le débiteur solidaire libérait le codébiteur. Or, les textes qui mentionnent la libération du débiteur principal à raison de la prestation du serment par le fidéjusseur, sont extraits des commentaires sur l'édit *de iureiurando*, donc se rapportant au serment volontaire, et si on peut appliquer ce principe aussi au serment nécessaire à cause de son rapprochement de la *litiscontestatio*, cela est impossible en ce qui concerne les restrictions résultant de la modification de la formule du serment, restrictions qui sont mentionnées par les textes se rapportant au serment volontaire : Pomponius *Epist.* XVIII, P. 208, D. XII, 2, l. 42, § 1, et Paul *ad Ed.* XVIII, D. XII, 2, l. 28, § 1, P. 281, et qui auraient dû être spécialement mentionnées comme telles, dans les textes relatifs au serment nécessaire, si cela avait été possible. Si on veut dire, qu'une fois le principe posé, la modification de la formule allait de soi, qu'on n'avait plus besoin d'en faire mention, parce que le serment prêté par le fidéjusseur ne pouvait libérer le débiteur principal que dans la mesure de son contenu, et que celui-ci continuait donc à être poursuivi, la même situation avait lieu *mutatis mutandis* dans le cas du serment volontaire, et où, par conséquent, cette mention de la modification aurait dû être tout aussi superflue. Mais le fait qu'on en fait mention est une preuve de la nécessité qui y présidait. Malgré l'utilité d'une pareille modification de la formule du ser-

ment nécessaire, le demandeur ne perd rien, car il peut arriver au même en usant du serment volontaire. Et puis, la plupart du temps, pour déduire en justice tout le droit vis-à-vis du fidéjusseur, de façon à ce que l'obligation de celui-ci soit complètement éteinte, sans perdre pour cela le recours contre le débiteur principal, il ne tient qu'à la formule d'action, et la formule du serment nécessaire ne fera que s'y conformer.

Enfin la modification de la formule du serment nécessaire, est supposée d'après M. Debray (73) dans les § 5 et 8 de la l. 34 D. XII, 2, et où la rédaction en cas de discussion incomberait au magistrat. Mais comme Demelius l'a démontré (74), on ne peut nullement mettre à contribution ces textes, parce qu'ils sont manifestement interpolés. Ainsi le § 5 : *Si de qualitate iuramenti fuerit inter partes dubitatum, conceptio eius, arbitri iudicantis est*, où les mots *iuramenti* et *iudicantis* démontrent complètement la rédaction justinianéenne. Quant au § 8, c'est d'abord le mot *iudicis* caractéristique qui le prouve. Ensuite ce texte s'explique très bien si on le considère comme l'œuvre des compilateurs, car à l'époque de Justinien le serment nécessaire étant étendu à toutes autres choses, *per omnia*, il pouvait très bien y avoir

(73) *Loc. cit.*, p. 448, n. 1.

(74) *Schiedseid*, p. 142, 143.

des différences entre la rédaction de la délation et celle de la relation, et cela à cause de la difficulté de la situation qui résultait *ex diversitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus, quæ varietatem inducunt*. Au contraire, cette différence ne pouvait exister à l'époque classique, car des difficultés ne pouvaient pas se présenter, l'objet du serment nécessaire étant le droit, *dare oportere*.

Maintenant, pour ce qui est du serment volontaire, c'est à lui que se rapportent tous les textes qui parlent de l'objet du serment, tant ceux dans lesquels il s'agit d'un droit : *rem esse*, P. 672 D. XII, 2, l. 9, § 7 ; *rem non esse*, D. XII, 2, l. 11 pr., § 1 ; *usumfructum meum esse vel dari mihi oportere*, h. t. l. 11, § 2 ; *hereditatem meam esse*, h. t. l. 11, § 3 ; *dari mihi oportere*, h. t. l. 9, § 5, 6, que ceux dans lesquels il s'agit d'une qualité : *libertum non esse*, P. 673, D. XII, 2, l. 13 pr., ou d'un simple fait : *au prægnans sit mulier vel non sit* h. t. l. 3, § 3 ; *vendidisse me ei rem centum* h. t. l. 13, § 3 ; *quod pretium solutum est* h. t. l. 13, § 3 ; *furtum non fecisse* P. 673 D. XII, 2, l. 13, § 2 ; *societatem fecisse* h. t. l. 13, § 4 ; *ob decem pignori dedisse fundum* h. t. l. 13, § 5 ; *rem sibi in dotem dedisse* h. t. l. 13, § 5 ; *in peculio nihil esse* h. t. l. 26, § 1 ; *se omnino exhibitionem non promississe* h. t. l. 28, § 2 ; *se arbores non succidisse* h. t. l. 28, § 6 ; *se non amovisse* h. t. l. 28, § 7, ils sont extraits tous des livres XVIII de Paul et XXII d'Ulpien *ad Edic-*

tum, où ils commentaient le serment volontaire.

Il est vraisemblable, comme le croit Demelius (75) qu'au commencement la formule du serment volontaire ait porté sur un droit, qu'il y ait eu donc un *iusiurandum in ius conceptum*, car les termes de l'édit de *iureiurando* se rapportaient au cas du *rem esse* de la l. 9, § 7 h. t., comme nous l'avons vu plus haut (76) ; et que plus tard seulement elle a contenu de simples faits, c'est-à-dire un *iusiurandum in factum conceptum*, mais bien entendu, c'étaient d'abord des faits sur lesquels les parties étaient tombées d'accord, comme exprimant le fondement de leurs prétentions, et seulement après, des faits qui tout en étant mis hors de contestation par le serment, rendaient pourtant possible la discussion en justice des autres parties de l'action, comme par exemple le serment sur le *vendidisse me ei rem centum* de la l. 13, § 3 h. t., où la question de la vente étant ainsi mise hors de discussion, on pourra continuer les débats sur les autres points, à savoir s'il y a eu tradition de la chose, s'il y a eu caution contre l'éviction, si le prix a été payé, etc. — Le même genre de serment se trouve dans la l. 13, § 4 et 5 h. t. : *societatem fecisse et pignori dedisse*.

La libre volonté des parties était, d'après ce qui

(75) *Loc. cit.*, p. 32.

(76) P. 48 et suiv.

précède, le seul critérium de la rédaction de la formule du serment, qui n'était en rien limité quant à son objet, alors que pour rédiger la formule du serment nécessaire on devait s'adresser à la formule de l'action (77).

(77) Dans le même sens, M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 146, n° v.

CHAPITRE IV

Différence quant à la sanction :

Activement. — Serment nécessaire : Exécution directe (*actio iudicati*). — Serment volontaire : *Actio in factum ex iureiurando*.

Passivement. — Serment nécessaire : *Denegatio actionis* et moyen de défense ou *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductæ*, suivant les cas. — Serment volontaire : *Denegatio actionis* et *exceptio iurisiurandi*.

En ce qui concerne le défendeur, s'il a juré, ou si le demandeur a refusé de jurer sur relation, il y aura à son profit, dans les deux cas, qu'il s'agisse d'un serment nécessaire ou d'un serment volontaire, une *denegatio actionis*, ou, si la question de la prestation du serment est douteuse, c'est-à-dire si l'action originaire est intentée de nouveau, la prestation du serment nécessaire sera invoquée comme moyen de défense dans un *iudicium legitimum*, qui est conçu à l'image des *legis actiones*, ou comme *exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ* dans un *iudicium*

imperio continens ; tandis que la prestation du serment volontaire sera invoquée comme *exceptio iurisiurandi*. Si, au contraire, le défendeur refuse de jurer sur délation, ou c'est le demandeur qui jure sur relation, si cela arrive à propos du serment nécessaire il pourra procéder à l'exécution du défendeur par l'*actio iudicati* ; si c'est dans un serment volontaire, il devra intenter [une *actio in factum ex iureiurando*, basée sur le pacte de serment.

Nous sommes d'accord en entier sur ce point avec la modification faite par M. Jobbé-Duval (78) au système que Demelius avait établi (79), malgré la doctrine dominante jusqu'à lui, et représentée par Keller, Rudorff, Bethmann-Hollweg, etc. — en se fondant sur la séparation des textes de notre titre du *Digeste* XII, 2, les uns provenant des commentaires sur l'édit *si certum petetur*, les autres des commentaires sur l'édit *de iureiurando*. — Mais comme tout récemment, M. Debray (80) a repoussé ce système, en plaidant pour l'assimilation des deux genres de serments au point de vue de la sanction — qu'il y aurait eu

(78) *Etudes*, p. 148, n° VII. — Dans le même sens Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, 1², 1904, p. 213 ; II, 1902, p. 731. — Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 601, n. 1 et p. 1004, n. 2. — May, *Eléments de droit romain*, 9^e éd., 1907, p. 608.

(79) *Schiedseid*, p. 35, 36 : voies générales d'exécution, *exceptio iurisiurandi*. — De même, Lenel, *Ed perp.*, I, éd. fr., p. 273 texte et n. 2 ; 2^e éd. all., p. 230 texte et n. 4.

(80) N. R. H., 1908, p. 125 et suiv ; 334 et suiv ; et 435 et suiv.

notamment une *actio in factum ex iureiurando* dans les deux cas — nous chercherons à combattre cette opinion (81), non seulement parce qu'elle amènerait une confusion dans la théorie du serment nécessaire (82), mais aussi parce qu'elle repose sur une interprétation inexacte des textes, car tous ceux qui parlent d'une *actio ex iureiurando* sont relatifs au serment volontaire, comme nous allons le démontrer. — C'est pour ces raisons que cette partie de notre étude sera la plus importante. — Mais pour mieux remplir notre tâche, nous suivrons le plan même de M. Debray.

Ainsi il écarte d'abord (83), et non sans raison, le fr 56 d'Ulpien *ad Ed. XXVII*, P. 794, D. XXXII, 1, qu'on a toujours cité comme une preuve de la force exécutoire du serment nécessaire, et qui est ainsi conçu :

*Post rem iudicatam vel iureiurando decisam,
vel confessionem in iure factam nihil quæritur post
orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro
iudicati habentur.*

(81) Elle est repoussée aussi par Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 1004, n. 2.

(82) Et notamment sur la formule, la sanction, les origines et le but du serment nécessaire. — En plus, la séparation entre les deux massifs de textes du D. XII, 2, à peu près ne serait plus possible, car d'après M. Debray, les textes tirés des commentaires de l'édit de *iureiurando*, et par conséquent, cet édit lui-même serait commun aux deux espèces de serments.

(83) *Loc. cit.*, p. 132-135.

Il invoque à cet effet, le livre dont il est extrait — où Ulpien s'occupait de l'*actio de pecunia constituta*, et spécialement de la formule de cette action — et la question à propos de laquelle Ulpien l'avait écrit qui était celle de la validité du constitut : *eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse* (84). Pour qu'il y ait constitut, il faut que la dette primordiale, qui fait son objet, existât au moment de la conclusion du pacte, peu importe qu'elle soit éteinte plus tard, l'*actio de pecunia constituta* n'en sera pas moins bien introduite. C'est cette question de l'existence de la dette primordiale, qui doit d'abord être prise en considération à l'occasion de l'*actio de pecunia constituta*. Au contraire, on n'aura pas à s'en préoccuper, si elle a fait l'objet d'une *res iudicata*, *iureiurando decisa*, ou *confessa* : *nihil quæritur*, et c'est pourquoi Ulpien a écrit notre fr. 56. Comme l'on voit, ce texte ne tranche nullement la question de la force exécutoire du serment nécessaire, mais une question tout à fait spéciale, d'un autre genre et de peu de portée. Les compilateurs, en trouvant ce texte, qui pris à lui seul donnait une solution générale, de principe, l'ont mis à profit et l'ont intercalé dans le livre XXXII P. 1 : *de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus*. — Mais où nous ne sommes pas d'accord

(84) V. Ulpien, *ad Ed.* XXVII, P. 793, D. XIII, 5, l. 18, § 1. — De même Lenel, P. 794, n. 2, sous Ulpien, *ad Edictum*.

avec M. Debray, c'est là où il croit (85) pouvoir attribuer le texte non seulement au serment nécessaire, mais aussi au serment volontaire, parce que rien dans le texte n'empêche cet emploi. Nous pensons, au contraire, qu'il n'y a aucun motif positif de l'attribuer au serment volontaire, alors qu'on est forcé de l'appliquer au serment nécessaire à raison de la rubrique *de pecunia constituta* qui fait l'objet du titre XXVII d'Ulpien *ad Edictum*, matière qui était, comme nous le verrons plus tard, spéciale au serment nécessaire. Ce texte, ne doit plus donc être invoqué comme preuve de la différence de force exécutoire entre les deux genres de serments. Celle-ci résultera suffisamment des considérations tirées de l'interprétation des autres textes.

Avant d'entrer dans l'examen des différentes situations qui peuvent se présenter, M. Debray, pour soutenir qu'une même *actio in factum ex iureiurando* serait la sanction tant du serment volontaire que du serment nécessaire invoque un texte (86), qui d'après lui donnerait sur la question des solutions d'ensemble. Ce texte se trouve au D. XII, 2, l. 34, § 9, et est tiré du livre XXVI d'Ulpien, *ad Edictum*. Il est ainsi conçu :

Cum res in iusiurandum demissa sit, iudex iurantem absolvit ; referentem audiet et, si actor iuret, condemnet reum : nolentem iurare reum si

(85) *Loc. cit.*, p. 134.

(86) *Loc. cit.*, p. 139 — 144.

solvat, absolvit, non solventem condemnat : ex relatione non iurante actore absolvit reum.

Ce texte était extrait du livre XXVI *ad Edictum*, et Ulpien qui y traitait du serment nécessaire, donc *in iure*, ne pouvait pas passer immédiatement au serment *in iudicio* ; et puis le texte donnant des solutions auxquelles le juge devait forcément se soumettre, alors que le serment *in iudicio* n'était qu'un moyen de preuve, dont le juge était libre de ne pas en tenir compte, il est bien évident pour toutes ces raisons, données par M. Debray, que le texte ne pouvait pas parler du serment *in iudicio* (87).

On est donc obligé de rapporter le texte au serment nécessaire. Mais à ce point de vue l'interpolation est évidente, et M. Debray, pour arriver à la configuration première du texte, part du principe qu'à l'époque de Justinien la distinction entre le *iur* et le *iudicium* n'existant plus, ce qui favorisait une confusion entre le serment nécessaire et le serment *in iudicio* — lequel était toujours à l'époque classique suivi d'un jugement, car il n'était qu'un moyen de preuve à la disposition du juge — c'est maintenant devant le même magistrat que se déroule l'instance tout entière, c'est devant lui qui s'appelle *iudex* à cette époque, qu'a lieu la délation du serment nécessaire, et c'est lui qui donne une sentence

(87) Dans le même sens Demelius, *Schiedseid*, p. 89, 141.

d'absolution ou de condamnation suivant qu'il y a eu ou non prestation du serment. En partant de là, il a mis au passé le texte qui était conçu au présent, a supprimé les mots *referentem audiet*, ainsi que le second membre de phrase à partir de *nolentem*, car Ulpien qui avait déjà traité le refus de prêter le serment par le défendeur au § 6 du fr. 34, et par le demandeur au § 7, ne pouvait plus s'en occuper une seconde fois au § 9, et est ainsi arrivé à cette reconstitution :

Cum res in iusiurandum démissa sit, iudex iurantem absolvit, et si actor iuraverit, condemnat reum.

Il y aurait donc d'après M. Debray, relativement au serment nécessaire, l'organisation d'un *iudicium* à la suite d'une *actio in factum ex iureiurando*, et qui mènerait, non à l'exécution directe, mais à une sentence de condamnation ou d'absolution.

Contrairement à cette façon d'interpréter le texte, nous croyons qu'il ne faut pas écarter les mots *referentem audiet*. On doit, pour pouvoir faire de pareilles coupures, avoir des raisons sérieuses tirées tant du texte lui-même, que des considérations historiques et de langage, et non pas se fonder seulement sur le fait que cela pourrait entraver un système préconçu. C'est cette mention même du *referentem audiet* qui fait preuve que la *relatio* a lieu devant le *iudex*, et alors celui-ci ne peut plus être le

juge de l'*actio in factum ex iureiurando*, comme le veut M. Debray, mais c'est le *iudex* de l'époque de Justinien, et est, lui aussi par la suite le résultat de l'interpolation. Le *referentem audiet* est donc nécessaire à l'interprétation du texte. Et puisque cette *relatio* a lieu devant le juge, on n'est pas contraint de convertir tous les autres mots au passé, on peut très bien les garder au présent. — En plus, si on emploie le mot *demittere* dans son sens général — qui est le vrai d'après nous, et qui veut dire « affaire qui fait l'objet de la délation du serment » et non seulement celle qui est tranchée par cela que le serment a été prêté — il s'applique tout aussi bien au premier membre de phrase, relatif à la prestation du serment, qu'au second, qui est relatif au refus de le prêter. Cette seconde partie du texte étant considérée comme sûrement interpolée par M. Debray, le mot *demittere* doit lui aussi être interpolé, et par contre-coup aussi le premier membre de phrase, qui même sans cela, l'avons-nous vu, ne témoigne que du droit de l'époque de Justinien. Nous sommes donc de l'avis de Lenel (88), que le texte est entièrement l'œuvre des compilateurs. Et Ulpien, pouvait très bien en commentant l'édit *si certum petetur*, laisser de côté la question de ce qui arriverait si on avait prêté serment, c'est-à-dire si on s'était conformé à

(88) P. sous Ulpien, n° 763, n. 1 et *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 273, n. 1 et 2° éd. all., p. 230, n. 3.

l'édit du préteur: *solvere aut iurare cogam* (89), comme ne présentant pas de difficulté, et ne s'occuper que du cas, qui était le plus délicat, celui de savoir ce qui arriverait si on ne s'était pas conformé aux injonctions du préteur, car celui-ci ne devait pas, en donnant des ordres par son édit, s'occuper du cas où ils ont été suivis, mais seulement de celui où on ne leur a pas obéi, c'est-à-dire de leur sanction. Les compilateurs, au contraire, ont considéré la question sur ses deux faces, et c'est pourquoi ils ont intercalé le § 9 qui envisage la question de la prestation du serment dans le premier membre de phrase, et celle du refus de prêter serment dans le second. Et ils l'ont fait à la fin de notre fr. 34, comme étant le siège de la matière.

Mais M. Debray même, n'a pas complètement foi en son interprétation du texte, car il dit (90) qu'il reconnaît que ce texte d'Ulpien n'est pas sûr, et qu'une doctrine qui en partirait comme d'une base, à l'effet de déterminer les sanctions à intervenir au cas de serment nécessaire, prêterait à la critique.

Il passe ensuite à l'examen minutieux des différentes hypothèses qui peuvent se présenter, et qui sont: 1° Le refus du défendeur de payer, prêter ou référer le serment; 2° prestation du serment par le

(89) L. 34, § 6, D. XII, 2.

(90) *Loc. cit.*, p. 144.

défendeur ; 3° relation du serment au demandeur, qui le prête ; et 4° refus du demandeur de prêter le serment à lui référé par le défendeur.

Entrons-nous aussi dans l'examen de ces différentes hypothèses, et occupons-nous d'abord de la première, qui est :

Première hypothèse. — Le défendeur ne jure ni s'exécute.

M. Debray n'admet pas que dans ce cas le défendeur soit considéré comme *iudicatus* et soumis comme tel à l'exécution directe sur la personne, *ductio*, et sur les biens, *missio in bona*, à la suite de l'*actio iudicati* intentée par le demandeur contre le défendeur récalcitrant. Et il observe, que si cela avait été exact, le chapitre XXI de la *lex de Gallia cisalpina* (91), aurait dû mentionner aussi ce cas parmi les autres dans lesquels il y aura *ductio* du défendeur, alors que *pecunia certa credita petitur*, et qui sont :

1) *Sei is eam pecuniam in iure... d (are) o (portere) debereve se confessus erit, neque id quod confessus erit solvet satisve faciet ; 2) aut se sponsione iudicioque utei oportebit non defendet ; 3) seive is ibei d(e) e(a) r(e) in iure non responderit, neque d(e) e(a) r(e) sponsionem faciet neque iudicio utei oportebit se defendet.*

(91) V. Girard, *Textes*, p. 74.

La loi ayant ainsi prévu les cas de *confessio*, défaut de défense, et défaut de réponse, et en ce qui concerne le défaut de défense, celui de ne prendre part ni au *iudicium*, ni à la *sponsio*, n'a pas prévu le cas de ne pas prendre part au serment nécessaire (92).

Mais il nous semble qu'il n'était pas nécessaire que la loi ait prévu spécialement le défaut de prendre part au serment nécessaire, car ce défaut de défense était compris implicitement dans la formule : *iudicio UTEI OPORTEBIT non defendet*. On ne se défend pas UTEI OPORTET, on se refuse à faire acte de procès, non seulement si on ne veut pas accepter le *iudicium*, mais aussi si on n'accepte pas le procès sous la forme sous laquelle il se présente, celle de la délation du serment nécessaire. C'est le demandeur qui montre au défendeur *uti oportet se defendere*, lui indique le terrain sur lequel il va lutter avec lui, et cela peut avoir lieu, en lui proposant d'accepter le *iudicium*, l'instance, ou de s'en dispenser, et plutôt de la remplacer par le serment nécessaire, qui en tient lieu, et qui est une pièce de la procédure par cela que le défendeur est obligé d'y procéder, de même qu'il est obligé de procéder à la *sponsio* ou d'accepter le *iudicium*. Celle-ci est la situation spéciale créée au serment nécessaire parce

(92) M. Debray, *loc. cit.*, p. 145, 146.

qu'il est nécessaire, et dont, par conséquent, ne peut se prévaloir le serment volontaire, qui n'est pas une pièce de la procédure, par cela qu'il est de son essence d'être librement accepté ou non (93). La défense *iudicio* consiste donc, non seulement dans l'acceptation de l'organisation du *iudicium*, mais aussi dans le refus d'y prendre part, lorsque c'est le demandeur qui l'exige, et que celui-ci met la question sur le terrain du serment nécessaire qui en tient lieu. Et alors il y a défaut de défense *iudicio* de la part du défendeur, lorsqu'il refuse de prêter le serment nécessaire, car il se refuse à accomplir un acte de la procédure (94). La preuve en est fournie par Ulpien XXVI *ad Edictum*, P. 758, D. XII, 2, fr. 34. § 3:

Procurator non compellitur iurare nec defensor, et ita Julianus scribit libro decimo Digestorum defensorem iurare non compelli, sufficereque ad plenam defensionem si paratus sit iudicium accipere.

D'où il résulte, que le *procurator* et le *defensor* n'est pas contraint à fournir le serment nécessaire, et c'est pour cela que leur *defensio* est complète par l'acceptation de l'organisation de l'instance. Au con-

(93) Ce raisonnement est reconnu en partie pour vrai, par M. Debray, *Loc. cit.*, p. 155.

(94) V. aussi Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 273 ; 2^e éd. all., p. 230.

traire, le *dominus litis*, qui est contraint au serment nécessaire, ne peut faire une *defensio* complète s'il refuse de prêter ce serment. Etant donnée cette corrélation intime entre le caractère nécessaire du serment, et la défense *iudicio UTI OPORTET*, elle a dû exister non seulement dans l'esprit de la doctrine représentée par Julien et Ulpien, comme le veut M. Debray (95), mais de tout temps, et du moment que le serment a été créé comme nécessaire par les lois *Silia et Calpurnia*.

Ce refus de prestation du serment nécessaire, rentre donc dans la catégorie *iudicio uti oportebit non defendere*, et constitue ainsi un des cas qui mènent à l'exécution directe du défendeur par la *ductio*.

On pourrait songer encore à faire entrer le défaut de jurer dans la *confessio*, à cause de la façon de s'exprimer des *Sentences* de Paul, II, 1 § 5 :

Si qui de debito quocumque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.

Le *quocumque modo confessus* semble donc viser aussi le défaut de prêter serment, car c'est avouer sa dette que de ne pas vouloir jurer, et comme l'on voit, la solution du texte est que dans ce cas il n'y aura pas une nouvelle action au profit du demandeur —

(95) *Loc. cit.*, p. 155.

notamment l'*actio in factum ex iureiurando* de M. Debray — mais qu'il pourra exécuter le défendeur (96). — Et malgré que le texte de Paul tiré de son livre XXXVII, *ad Ed.*, P. 553, D. XII, 2, fr. 38 :

*Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle
nec iurare nec iusiurandum referre.*

n'était relatif dans sa rédaction première qu'au cas spécial du serment nécessaire déferé à l'occasion de l'*actio rerum amotarum* (97), et a été interpolé par les compilateurs à seule fin de lui donner un sens général, ce qui convenait à leur système, ne pourrait-on pas voir dans ce rapprochement entre la *confessio* et le défaut de prêter le serment nécessaire, pour le cas spécial de l'*actio rerum amotarum*, l'indice d'une relation intime entre ces deux situations ? Et ne pourrait-on pas alors, accepter ce rapprochement comme fond commun, non seulement au serment nécessaire intervenant dans l'action spéciale *rerum amotarum*, mais aussi à celui intervenant dans toute autre matière ? Mais ce n'est qu'à titre subsidiaire que nous invoquons ces textes, sans en faire un des points d'appui de notre système.

M. Debray se fonde encore (98) sur deux fragments,

(96) V. aussi Lenel, *Ed. perp.*, I, p. 273, n. 2 et 2^e éd. all., p. 230, n. 4.

(97) Demelius, *Schiedseid*, p. 59, n. 6 et p. 62. — M. Debray, p. 132, 156.

(98) *Loc. cit.*, p. 147 — 158.

pour refuser au demandeur les voies d'exécution des jugements contre le défendeur récalcitrant, et qui sont : Ulpien *ad. Ed.*, XXVI, P. 762, D. XII, 2, 134, § 6, et Ulpien *ad. Ed.*, XXVI, P. 764, D. XXXXII, 3, 8. — Le premier texte d'Ulpien, nous donne la formule même de l'édit *si certum petetur* :

Eum a quo iusiurandum petetur solvere aut iurare cogam.

Le *cogere* du préteur étant réalisé au moyen de délivrance ou refus d'action, délivrance d'interdit, envoi en possession, *multæ* et *pignora*, qui en même temps qu'ils contraignent celui qui est visé par le préteur, d'accomplir un acte déterminé, lui permettent aussi de le faire, ne pourrait pas, d'après M. Debray (99), être réalisé par l'intermède de l'*actio iudicati*, car celle-ci ne permettrait pas au défendeur de jurer ou de payer, elle ne lui permettrait que de payer. Nous sommes d'accord, qu'une fois l'*actio iudicati* intentée, elle ne laissera plus de place que pour le paiement, mais en ce qui concerne le serment nécessaire le défendeur peut y être contraint, non par l'*actio iudicati* elle-même, mais par la menace de la subir, menace qui pèse sur lui du moment de la délation du serment nécessaire, et qui lui permet donc ou de jurer ou de payer. Le *cogere* se réalise donc pour le *solvere*, par la délivrance d'une

(99) *Loc. cit.*, p. 148, 149.

action — et nous savons que cela entre dans les procédés du préteur — délivrance de l'*actio iudicati*, et pour le *iurare* par la menace de cette action. Et tous les moyens employés par le préteur pour contraindre quelqu'un à obéir à ses ordres, ne produisent pas leur effet par eux-mêmes, mais par la menace d'être subis, et pour quelques-uns d'entre eux aussi par la menace de passer de cette mesure transitoire — qui peut ne pas effrayer le récalcitrant, s'il estime mieux de résister — à une situation définitive, qui consisterait pour lui d'être exclu de ses droits. Ainsi dans le cas du *cognitor*, qui est forcé par le magistrat d'*accipere iudicium*, supposons par une *missio in possessionem* (100), ce n'est pas celle-ci purement et simplement qui le forcerait, s'il croit qu'il vaut mieux résister, mais la menace d'être remplacé par le *bonorum emptor* qui lui, en tout cas, accomplira ce que le *cognitor* se refuse de faire. De même dans le cas où le préteur emploie l'amende comme moyen de contrainte, contre l'*arbiter ex compromisso* pour qu'il rende sa sentence (101). C'est toujours la menace d'encourir l'amende qui le contraint, et qui lui permet en même temps d'accomplir l'acte, et non l'amende par elle-même, car alors du moment qu'elle était encourue, il n'avait plus d'intérêt à obéir, la punition ayant déjà eu lieu, tout comme dans notre

(100) V. Girard, *Textes*, p. 134, t. VIII, n° 3.

(101) Girard, *Textes*, p. 136, t. XI, n° 1.

cas si l'*actio iudicati* avait déjà été intentée. Elle, par elle-même, ne peut plus lui permettre l'alternative, mais c'est la menace d'y être soumis qui remplit ce rôle. Et on comprend que la pénalité diffère de notre cas d'*actio iudicati*, car dans celui-ci il faut permettre au demandeur de réaliser son droit, de recouvrer ce qui lui est dû. Il ne peut y arriver par des *multa*, mais par une *actio iudicati* à cause de l'entêtement du défendeur. — En second lieu, l'existence de cette *actio iudicati* se justifie aussi par cela que le *cogere* du préteur gouverne non seulement le *iurare* qui n'est qu'un terme de l'alternative, mais aussi le *solvere*, et ce qui est plus, c'est le *solvere* que le *cogam* a principalement en vue, le préteur contraindra *solvere*, à moins que le défendeur ne jure. C'est ce qui résulte aussi de la fin du § 6 de la l. 34, D. XII, 2 :

Alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret : SI NON IURAT, SOLVERE COGENDUS ERIT A PRÆTORE.

Et pour pouvoir contraindre quelqu'un à payer, *solvere*, c'est qu'on le considère comme *iudicatus*, soumis à l'exécution, car payer, c'est s'exécuter. Si donc on doit arriver à l'exécution du défendeur qui ne veut pas jurer, cela aura lieu par l'intermède de l'*actio iudicati*, suivie le cas échéant de la *missio in possessionem* et de la *venditio bonorum*.

C'est en partant aussi d'une autre considération

que M. Debray refuse d'attribuer l'*actio iudicati* comme sanction au serment nécessaire. Il croit que le serment nécessaire a son origine dans l'édit du préteur, et étant ainsi d'origine prétorienne, l'*actio iudicati* est incompatible avec lui, car elle ne sanctionne que le *iudicatum* civil ou prétorien (102). Mais en admettant même que cela soit vrai, n'y aurait-il pas dans notre cas un *iudicatum* prétorien ? Comment le préteur aurait-il pu ordonner au défendeur *solvere*, et l'y contraindre, faute de serment, s'il ne l'avait pas considéré comme un *iudicatus* ? C'est pour ces motifs que nous considérons comme décisif le texte de l'édit : *solvere cogam*, pour autoriser l'emploi de l'*actio iudicati*. Et si on va démontrer, comme nous allons le faire à propos des origines du serment nécessaire, qu'il a une origine non prétorienne, mais civile et notamment dans les lois *Silia* et *Calpurnia*, tout le raisonnement de M. Debray tombera de lui-même.

Après avoir cru pouvoir ainsi écarter l'emploi de l'*actio iudicati*, il propose la *missio in possessionem* comme moyen de contrainte employé par le préteur contre le défendeur récalcitrant, *missio* qui lui laissera la faculté de jurer ou de payer, et qui, s'il ne fait ni l'une ni l'autre, sera suivie de la *venditio* qui le remplacera par quelqu'un, qui paiera ou jurera (103).

(102) *Loc. cit.*, p. 153.

(103) *Loc. cit.*, p. 156.

Comme on voit, même dans ce système, ce qui contraint au serment ce n'est pas la *missio* par elle-même, mais la menace d'arriver à la *venditio*. En ce qui concerne la manière de M. Debray d'envisager la question, nous ne l'admettons pas, car si le défendeur ne veut pas jurer, il doit payer d'après les termes de l'édit : *si non iurat, solvere cogendus erit a prætore*, et s'il ne le fait pas, la *venditio* aura pour but de le remplacer non par quelqu'un qui paiera ou jurera, mais par quelqu'un qui jouera le rôle du défendeur et qui donc ne fera que payer, car ce n'est qu'à cela que le défendeur qui refusait de jurer était obligé, la faculté de jurer appartenant au défendeur qui ne l'a pas fait étant éteinte. Ce ne serait donc que l'exécution du défendeur qu'on pourrait obtenir au moyen de la *venditio*. Et cette force exécutoire de la *venditio* qui suit la *missio*, résulte même si on admet avec M. Debray, qu'elle avait pour but de remplacer le défendeur par quelqu'un qui paierait ou jurerait, car si celui-ci à son tour ne jure pas, il devra payer, donc s'exécuter. De toute façon donc, la *missio* ne produira son effet de contrainte que par la menace de l'exécution résultant de la *venditio*, et à l'inverse s'il n'y avait pas cette possibilité d'exécution, la *missio* toute seule ne pourrait nullement contraindre et resterait sans effet. Et alors si on admet qu'on doit arriver à l'exécution, c'est que le défendeur est considéré

comme *iudicatus*, et il n'y a pas de raison pour écarter l'*actio iudicati* qui ne ferait que précéder la *missio* et la *venditio*. Ce n'est, comme l'on voit, que la conclusion logique du système même de M. Debray.

Enfin, en dernière analyse, les textes n'avaient pas besoin de faire mention expressément de l'*actio iudicati*, car celle-ci résultait suffisamment du principe que le défendeur, qui ne voulait pas jurer, devait être exécuté : *solvere cogendus erit a prælore*. Au contraire, s'il ne s'était agi que de la *missio* spéciale, de contrainte et non pas d'exécution — quoique dans le système même de M. Debray elle aboutit toujours à l'exécution — les textes auraient dû en parler, or il n'y a qu'un seul texte qui d'après M. Debray pourrait en confirmer l'existence, mais, comme il le reconnaît lui-même, est d'une interprétation difficile (104). Il est d'Ulpien XXVI *ad. Ed.*, P. 764, D. XXXXII, 3, 8 et est ainsi conçu :

Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnatur vel in ius confiteatur, audiri non debet.

Ce texte aurait été, dit-il, interpolé par les compilateurs de Justinien, et sa rédaction première aurait été la suivante :

Qui bonis cedit, antequam juret, cum nec con-

(104) *Loc. cit.*, p. 157, 158.

demnetur nec in iure confiteatur, audiri non debet.

ce qui devait signifier que le défendeur ne sera pas recevable de faire cession de ses biens, s'il ne veut pas jurer. Et il ajoute, que si le défendeur qui ne jure ni ne paie veut faire une cession de biens, c'est parce qu'il veut éviter les inconvénients d'une voie plus rigoureuse: la *missio in possessionem* qui fonctionnait contre lui.

Il est curieux, d'abord, que celui qui abandonne tous ses biens, soit en meilleure posture que celui qui ne subit qu'une *missio* de contrainte seulement et non pas d'exécution. On comprend, au contraire, que quelqu'un aime mieux abandonner ses biens, que de se laisser soumettre à une *missio* d'exécution, qui aboutirait à la vente de ses biens, vente faite sur son nom, et dont le seul but est d'exécuter le défendeur, et qui entraînerait l'infamie. C'est cette circonstance de la vente publique, de sa fortune faite sur son nom et entraînant l'infamie (105), c'est cette faillite civile qui pousse le défendeur à faire *cessio bonorum*, opération amiable. D'ailleurs, le texte cité ne dit nullement que si le défendeur qui ne jure ni ne paie et fait cession des biens, il le fait parce qu'il a peur de cette *missio*. Le texte ne le dit ni expressé-

(105) V. Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 1045, n. 2, 1046, n. 3, et 1047, n. 3.

ment, et n'y fait non plus la moindre allusion. Et en tout cas il ne fait pas plus d'allusion à la *missio* qu'à l'*actio iudicati*. Au contraire, étant donné le caractère plus rigoureux de la menace par l'*actio iudicati*, c'est plutôt à celle-ci qu'Ulpien aurait dû songer en écrivant le texte.

Il n'y a non plus de difficulté à admettre l'existence d'une *actio iudicati* dans le cas de refus du défendeur de prêter le serment nécessaire à l'occasion d'une *condictio certae rei*. Il y aura lieu dans ce cas, à une procédure spéciale de liquidation, d'estimation de l'objet de la dette, et dans laquelle on ne discutera pas la question s'il y a eu ou non serment, mais seulement de convertir en argent l'objet de la dette. Cette procédure d'évaluation aura lieu sous les *legis actiones* par l'*arbitrium litis æstimandæ* (106), et sous la procédure formulaire, au moyen d'une *actio in factum* spéciale (107), analogue aux *actiones confessoriae* qui ont lieu au cas de *confessio incerti* et dont le but n'est que d'évaluer l'objet de la dette, sans discuter la question de droit, comme il résulte d'Ulpien XVIII *ad Ed.*, P. 618, D. IX, 2, fr. 25, § 2 :

Notandum, quod in hac actione, quæ adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandæ, sed

(106) V. Demelius, *Schiedsrid*, p. 16, n. 14 et p. 35, n. 1.

(107) V. M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 149, texte et n. 1.

æstimandæ datur : nam nullæ partes sunt iudicandi in confitentes.

texte qui condamne l'opinion de M. Debray, d'après lequel ces actions laisseraient de la place à l'appréciation du juge et à l'absolution (108). Et on ne doit rien conclure du fait que ces *actiones confessorix* ont été créées pour le cas spécial d'*actiones qui crescunt in duplum adversus infitiantem*. Pour nous, il suffit que l'existence de pareilles actions en évaluation soit possible, et rien n'empêche de croire, que le cas échéant, lorsque la situation présentait une nécessité évidente, d'autres actions en évaluation ne fussent créées à l'exemple des premières. L'objet de la dette étant ainsi transformé en argent, l'*actio iudicati* ne trouvera plus d'obstacle pour fonctionner.

Il résulte donc de tout ce qui précède, qu'on ne peut songer à la *missio in possessionem*, *missio* de contrainte seulement et non pas d'exécution, comme constituant la sanction du refus du défendeur de payer ou de prêter le serment nécessaire, et qu'au contraire, la véritable sanction ne peut être que l'*actio iudicati*.

(108) *Loc. cit.*, p. 159.

Seconde hypothèse. — Le défendeur prête serment.

Il y aura dans ce cas *denegatio actionis* (109), et si le demandeur veut intenter à nouveau son action primitive, le défendeur pourra lui opposer suivant les cas, ou un moyen de défense ou une *exceptio* (110). Parmi les textes invoqués par M. Debray pour témoigner de l'*exceptio* au profit du défendeur, il y en a d'abord trois, qui sont tirés des commentaires sur l'édit *de rebus creditis* : Ulpien XXVI *ad. Ed.*, P. 759, D. XII, 2, fr. 23 et 25, et Paul XXVIII *ad. Ed.*, P. 432, D. XII, 2, fr. 24 (111). Quoique nous admettons aussi l'existence d'une pareille *exceptio* au profit du défendeur qui a prêté un serment nécessaire, nous estimons qu'on ne doit pas se prévaloir de ces textes, car ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer (112), ils ne sont pas relatifs au serment nécessaire, mais au serment volontaire, et ne peuvent, par conséquent, prouver l'existence de l'*exceptio* qu'en matière de serment volontaire.

En dehors de ces textes, M. Debray en a invoqués d'autres, qui sont extraits d'autres livres des com-

(109) V. Demelius, *Schiedseid*, p. 36. — M. Debray, *loc. cit.*, p. 344.

(110) M. Debray, *loc. cit.*, p. 344.

(111) M. Debray, *loc. cit.*, p. 345-354.

(112) V. p. 20-30.

mentaires de l'Edit, en dehors du titre *de rebus creditis*, et il dit lui-même qu'il n'y en a que trois, et que le dernier seul est à peu près sûr (113), c'est donc que les deux autres ne sont pas du tout sûrs. Le premier d'entre eux est un texte de Julien, *Digesta* XIII, P. 211, D. XII, 2, fr. 40, et relatif à l'*actio fiduciæ*.

Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur : est enim hoc acceptilationi simile : perpetuam certe exceptionem parit, idcirco pœnam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.

Il a été attribué par Demelius (114) au serment volontaire à raison des mots *cum interposito eo ab omni controversia discedatur*, et par M. Debray au serment nécessaire à cause du mot *exigere*, qui signifierait serment imposé. Mais il reconnaît lui-même, que ce n'est pas là un terme technique, et qu'il a été, au contraire, souvent employé dans des textes qui concernaient sûrement le serment volontaire. Dès lors, il dit qu'il est impossible d'y trouver une référence certaine au serment nécessaire (115).

(13) *Loc. cit.*, p. 354.

(114) *Schiedseid*, p. 53.

(115) *Loc. cit.*, p. 354.

Le second texte est d'Ulpien XI *ad. Ed.*, P. 391, D. IV, 3, fr. 21, est ainsi conçu :

Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam : Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat : stari enim religioni debet.

Ce n'est pas à cause des mots *absolutus sis* comme le fait Demelius (116), que nous croyons devoir attribuer ce texte au serment volontaire, car aussi après que le serment nécessaire a été prêté, le demandeur pourra intenter une seconde fois son action première, mais elle sera paralysée par l'insertion de l'*exceptio*, et aboutira ainsi à une sentence d'absolution. Qu'il s'agisse donc du serment volontaire ou du serment nécessaire, le défendeur qui a juré obtiendra une sentence d'absolution (117). Si ce n'est donc pas cette expression *absolutus sis* qui déterminerait notre opinion, il y a une autre que nous croyons décisive, c'est le mot *transactum*, qui prouve bien qu'il y a une convention. Et on ne peut objecter qu'il y a aussi au cas de serment nécessaire une sorte de transaction (118), car d'une part il n'y aurait plus de différence à ce point de vue entre les

(116) *Schiedseid*, p. 55.

(117) De même M. Debray, *loc. cit.*, p. 355, n. 4.

(118) M. Debray, *loc. cit.*, p. 355, texte et n. 5.

deux genres de serments, et d'autre part les textes qu'on invoque en ce sens se rapportent au serment volontaire (119).

Quant à l'action à propos de laquelle notre texte a été écrit on peut hésiter entre la *condictio furtiva* et l'*actio furti*, car il ne se prononce pas. Et il est manifeste que si c'est de l'*actio furti* qu'il parlait, il ne pourrait plus concerner le serment nécessaire, celui-ci n'intervenant pas en cette matière (120). Quant à la *condictio furtiva*, dont l'existence serait nécessaire pour pouvoir attribuer notre texte au serment nécessaire, il n'est d'abord par rien prouvé que c'est pour elle que le texte avait été écrit, et de la circonstance qu'un autre texte de Marcellus, qui suit immédiatement le nôtre (121), parle lui, de la *condictio furtiva*, on ne peut en induire que notre texte devait aussi en parler. Et, au contraire, on pourrait penser plutôt que Marcellus s'occupait dans notre texte de l'*actio furti*, et dans le suivant de la *condictio furtiva*, puisqu'il a écrit ces textes à propos de la matière générale : *de furtis*. — Par conséquent, ni à ce point de vue, celui de l'action pour laquelle Ulpien avait écrit ce texte, on n'est pas obligé de penser au serment nécessaire, et plutôt on doit penser au ser-

(119) Ulpien XXVI, *ad Ed.*, p. 759, D. XII, 2, 25, et Paul XXVIII, *ad Ed.*, P. 433, D. XII, 2, 35, § 1.

(120) V. aussi M. Debray, *loc. cit.*, p. 356, n. 1.

(121) Marcellus, *Digesta* VIII, P. 113, D. XIII, 1, 12 pr.

ment volontaire, à cause du mot *transactum*. — Et M. Debray même, croit que ce texte n'est pas probant pour l'existence d'une *exceptio* en matière de serment nécessaire (122).

Enfin, le dernier texte est toujours d'Ulpien, XXVII *ad. Ed.*, P. 796, D. XII, 2, fr. 36 :

Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia et reus iuraverit, exceptione utetur, si de constituta conveniatur : sed si de sorte, id est de priore obligatione conveniatur, exceptio cessabit, nisi de hac quoque iuraverit adversario deferente.

Ce n'est que ce texte seul qui pourrait prouver l'existence d'une *exceptio* en cas de prestation du serment nécessaire par le défendeur, étant donné que le serment nécessaire pouvait intervenir en matière de *pecunia constituta* (123).

Notons aussi que ces textes, en les considérant même comme probants, ne prouveraient que l'existence d'une *exceptio*, sans indiquer quel genre d'exception, si c'est notamment une *exceptio iurisiurandi*, comme le veut M. Debray (124), ou une *exceptio rei iudicæ vel in iudicium deductæ*. Le rapprochement entre le serment et l'exception ne signifie rien, car c'est parce que le serment nécessaire, qui est

(122) *Loc. cit.*, p. 356.

(123) M. Debray, *loc. cit.*, p. 356.

(124) *Loc. cit.*, p. 359, 360.

une pièce de la procédure, remplace la *litiscontestatio* (125), qu'il produit son effet extinctif, et c'est donc à ce fondement intime qu'il faut rattacher l'*exceptio*, et il est bien évident que si le serment n'aurait pas cet effet, de remplacer la *litiscontestatio* et donc aussi la *sententia*, il ne produirait aucune *exceptio*. Celle-ci ne peut dès lors être que l'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ* (126). Elle doit fonctionner non seulement s'il y a eu *litiscontestatio* ou *sententia*, mais aussi s'il y a eu autre chose qui en tient lieu, en espèce le serment nécessaire, et qui remplit le même rôle. Au contraire, dans le serment volontaire le fondement de l'exception réside dans la convention intervenue entre les parties, convention par laquelle elles sont d'accord de trancher le différend au moyen d'un serment. On comprend donc que cette exception soit une *exceptio iurisiurandi*, basée sur le pacte de serment, et c'est pour ce motif qu'on trouve employée aussi l'expression *exceptio pacti* (127).

Mais avant d'être protégé par cette *exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, et en même temps

(125) Paul XVII, *ad Plautium*, P. 1231, D. V, 1, 28, § 2.

(126) M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 149. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, II, p. 751, n. 5. — Nous repoussons donc, pour le cas du serment nécessaire, l'emploi fait par Demeilius, p. 36, de l'*exceptio iurisiurandi*.

(127) Ulpien XXVI, *ad Ed.*, P. 759, D. XII, 2, fr. 25, texte que nous savons être relatif au serment volontaire.

qu'elle, le défendeur qui prêtait le serment nécessaire avait à sa disposition un *moyen de défense*. En effet, le serment nécessaire qui, comme nous le verrons à l'occasion de l'examen de ses origines, remontait aux *legis actione* des lois *Silia* et *Calpurnia*, ne pouvait opérer alors que sous forme de moyen de défense seulement, car il y avait le principe de l'unité de question (128). Sous la procédure formulaire le serment nécessaire produisait son effet *ipso iure civile*, donc comme moyen de défense, dans un *iudicium legitimum*, qui avait hérité des *legis actiones*, et *exceptionis ope* dans un *iudicium imperio continens*. A cela M. Debray observe (129) que les affaires tranchées au moyen d'un *iudicium legitimum* devaient être beaucoup plus fréquentes, puisque ce *iudicium* avait lieu à Rome, et les textes donc auraient dû parler du moyen de défense employé par le défendeur qui avait juré. Or ils ne le font pas, et de ce fait il conclue que ce moyen de défense ne devait pas exister sous la procédure formulaire, et cela parce qu'il n'existait pas sous les *legis actiones*, et d'où il tire la dernière conclusion : le serment nécessaire n'avait pas de sanction sous les actions de la loi parce qu'il n'existait pas. Nous répondons : 1° Ni même pour l'*exceptio* les textes n'abondent pas. Nous

(128) V. sur ce principe de l'unité de question Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, IV, p. 46 et suiv.

(129) *Loc. cit.*, p. 358, 359.

avons vu qu'il n'y en a qu'un seul qu'on en peut invoquer, c'est le fragment d'Ulpien XXVII *ad Ed.*, P. 796, D. XII, 2, 36, et lui encore est relatif à l'*actio de pecunia constituta*, action prétorienne, et pour laquelle on comprend donc l'existence d'une *exceptio*. L'existence de cette exception n'est pas démontrée pour les autres. Doit-on en conclure que ce moyen faisait aussi défaut? Non, bien entendu; 2° les affaires tranchées au moyen du *iudicium legitimum* ne devaient pas être si fréquentes, car il ne suffisait pas que le procès soit constitué à Rome, il fallait en outre, que les parties fussent citoyens romains et que le juge soit unique et lui aussi citoyen romain. Si on pense que déjà à la fin de la République Rome était une ville cosmopolite, pleine de pérégrins, on voit bien que le nombre des *iudicia legitima* soit considérablement diminué; 3° il n'était pas nécessaire que les textes accordent expressément le moyen de défense tiré de la prestation du serment nécessaire, comme ils accordent l'*exceptio*, car le droit d'invoquer ce moyen de défense appartenait de par lui-même au défendeur, cela entraînait dans les règles de la défense, allait de soi dans les *iudicia legitima*, qui avaient hérité des *legis actiones*. Au contraire dans les *iudicia imperio continentia*, qui n'avaient pas hérité des *legis actiones*, et où, par conséquent, le principe de l'unité de question n'existait pas, l'exception devait être accordée expressément par les textes.

Le tableau comparatif des sanctions de la prestation du serment volontaire ou nécessaire par le défendeur serait donc le suivant :

Serment nécessaire : *denegatio actionis* ; moyen de défense ; *exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*.

Serment volontaire : *denegatio actionis* et *exceptio iurisiurandi*.

Troisième hypothèse. — Le défendeur réfère le serment au demandeur, qui le prête.

La question se présente ici à peu près sous le même aspect que pour le cas où le défendeur a refusé et de jurer et de payer. Le demandeur qui a prêté un serment nécessaire qui lui a été référé par le défendeur, aura ici encore à son profit une *actio iudicati*. Et si on admet avec nous, ce qui sera prouvé quand nous traiterons des origines du serment nécessaire, qu'il remonte aux *legis actiones* des lois *Silia* et *Calpurnia*, il a dû être, une fois prêté, sanctionné par la *manus iniectio iudicati*, car le serment nécessaire qui intervenait à l'instance, rendait, comme la *confessio*, le droit tout aussi hors de contestation que s'il y avait eu un jugement, dont il en dispense, car il en tient lieu. Et le serment nécessaire, faisant ainsi partie du *iudicatum* — car si la notion du *iudicatum*

comprend aussi l'*indepensio* (130), c'est-à-dire le cas de celui qui ne veut pas arriver au jugement, elle doit à plus forte raison comprendre le cas de prestation du serment nécessaire, qui ne fait que tenir lieu du jugement — on comprend que la *manus iniectio* qui le sanctionnait ne soit pas devenue *pura* à la suite de la loi Vallia, et ne fut pas transformée sous la procédure formulaire en une action civile spéciale, comme le furent toutes les autres *manus iniectioes puræ*, mais dans l'*actio iudicati*. Et à ce point de vue, le serment nécessaire ne souffre pas de comparaison avec les cas de *manus iniectioes puræ* parce qu'il intervient au cour d'un procès, pour remplacer le jugement dont il reçoit tous les caractères, et c'est à cette qualité qu'il doit d'être un *iudicatum*.

Maintenant, si la question se présentait sur le terrain de la *condictio certæ rei*, il y avait sous les *legis actiones* un *arbitrium litis æstimandæ*, qui se serait transformé sous la procédure formulaire en une *actio in factum* spéciale, dont le but n'était que d'opérer la liquidation, analogue aux *actiones confessorix* fonctionnant en matière de *confessio incerti*, ainsi que nous l'avons déjà démontré à propos de l'*actio iudicati* qui intervenait contre le défendeur qui ne voulait ni jurer ni payer (131).

(130) V. M. Debray, *loc. cit.*, p. 363, in fine. — Girard, *Manuel*, p. 983.

(131) P. 82-83.

Et en supposant même que le serment nécessaire soit l'œuvre du prêteur, ce qui, nous le verrons, n'est pas vrai, l'*actio iudicati* pourrait encore trouver de l'emploi puisqu'elle sanctionne un *iudicatum* civil ou prétorien, et rien n'empêche de voir alors dans notre cas un *iudicatum* prétorien (132).

M. Debray croit qu'il y a comme sanction, à la place de l'*actio iudicati*, une *actio in factum ex iureiurando* (133) dont l'existence en notre matière serait prouvée par des textes. Examinons donc ces textes d'abord.

Le premier d'entre eux est celui que nous avons déjà vu se rapporter au serment volontaire (134). C'est un texte d'Ulpien XXVI *ad. Ed.*, P. 739, D. XII, 2, fr. 23, ainsi conçu :

Sed et si servus meus delato vel relato ei iureiurando iuravit rem domini esse vel ei dare oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem.

Si on lit bien ce texte, on voit que la solution qu'il donne est la suivante : il y aura une *actio* lorsque c'est l'esclave du demandeur qui jure sur délation ou relation, *rem domini esse* ou *ei dare oportere*, et une *exceptio pacti* lorsque c'est l'esclave

(132) V. aussi ce que nous avons déjà dit sur cette question, p. 78.

(133) *Loc. cit.*, p. 368.

(134) P. 20-28.

du défendeur qui jure sur la délation du demandeur *rem domini esse*. Et c'est plus naturel de donner cette application à l'*exceptio pacti*, pour les motifs que nous avons déjà développés (135), que de l'employer pour défendre le défendeur qui a juré à son profit une créance contraire à celle du demandeur, comme le fait M. Debray (136). Et comme le texte est relatif au serment volontaire, l'action et l'exception dont il parle, ne peuvent être que celles qui sanctionnent ce genre de serment. Leur emploi sur le terrain du serment nécessaire est donc exclu. Mais M. Debray croit pouvoir donner aussi une autre explication de l'existence de l'*actio* dans notre texte, tout en considérant qu'il se réfère au serment nécessaire (137). Il reconnaît dans ce cas pour vrai notre système que le serment nécessaire prêté par le demandeur ouvre les voies d'exécution, mais dans l'espèce il y aura une action spéciale, motivée par le fait que le serment nécessaire est prêté par l'esclave, car dans ce cas les jurisconsultes ne croyaient pas pouvoir accorder les voies d'exécution ordinaires, et c'est pour cela qu'Ulpien, qui hésitait, emploie le mot *puto*. Nous croyons que si le mot *puto* devait signifier l'hésitation de la part d'Ulpien de sanctionner le serment nécessaire fourni par l'esclave, il aurait dû

(135) P. 25-28.

(136) *Loc. cit.*, p. 437, 438.

(137) *Loc. cit.*, p. 438.

figurer aussi dans le fr. 23 où la même situation se présente. Or Ulpien ne le fait pas. On ne peut donc rien fonder sur ce mot, et on doit le considérer comme une façon de s'exprimer. Ainsi on ne peut d'aucune manière se prévaloir de ce texte pour soutenir l'existence d'une *actio in factum ex iureiurando* comme sanction du serment nécessaire.

Le second texte est toujours d'Ulpien XXVI *ad. Ed.*, P. 762, D. XII, 2, fr. 34, § 7, et c'est le texte fondamental en matière de *relatio*. Le texte ne disant pas que, si le demandeur ne prête pas le serment nécessaire à lui référé, le prêteur *denegabit actionem* mais seulement *non dabit iudicium*, M. Debray croit (138) que ce *iudicium* serait celui qui est fondé sur le serment. A cela nous répondons : 1° Il n'en résulte pas d'abord que ce *iudicium* serait un *iudicium* fondé sur le serment, et ne serait pas celui qui serait organisé par le prêteur à la suite de la *condictio certæ pecuniæ* ou *condictio certæ rei* intentée, ce qui nous semble plus vrai ; 2° la conclusion logique du système de M. Debray, serait que le texte refusant au demandeur qui ne voulait pas prêter le serment à lui référé, seulement l'*actio in factum ex iureiurando* en exécution du défendeur — ce qui d'ailleurs allait de soi et, par conséquent, le texte n'avait pas besoin de s'en occuper — lui laissait la

(138) *Loc. cit.*, p. 438, 439.

faculté de poursuivre l'action primitivement intentée : *condictio certæ pecuniæ*, *condictio certæ rei*, et d'arriver ainsi à l'exécution, chose inadmissible ; 3° l'expression *non dabit iudicium* à la même valeur que l'expression *non dabit actionem*, car si le prêteur a organisé un *iudicium* c'est qu'il a accordé l'*actio*. Et M. Debray reconnaît textuellement (139). que *denegare actionem* fait allusion au refus de délivrer au demandeur la formule de la *condictio certæ pecuniæ* ou *certæ rei* ; 4° une preuve en plus, que la *denegatio actionis* est relative à l'action originaire, c'est que la *denegatio actionis* qui a lieu lorsque le défendeur a juré sur un serment volontaire (140) est employée incontestablement dans le même sens ; 5° enfin, M. Debray se contredit lui-même, car alors qu'il dit à la page 438 que le refus du demandeur de jurer n'est pas sanctionné par la *denegatio actionis*, ce qui ferait allusion à la *condictio certæ pecuniæ* ou *condictio certæ rei*, il dit à la page 457, en étudiant la quatrième hypothèse qui peut se présenter relativement au serment nécessaire, qu'il y aura dans ce cas une *denegatio actionis*. Ce texte doit lui aussi donc, être mis hors de cause.

Nous avons fini avec les textes tirés des commentaires sur le titre *de rebus creditis*, qui est le siège de la matière du serment nécessaire. Nous avons vu qu'ils ne défendent pas la théorie de M. Debray. Pas-

(139) *Loc. cit.*, p. 438.

(140) D. XII, 2, fr. 9 pr.

sons maintenant à d'autres textes, tirés d'autres commentaires de l'Edit. — Parmi ceux-ci il y a un texte d'Ulpien IX *ad Ed.*, P. 336, D. III, 3, fr. 39, § 1, ainsi conçu :

Qui alieno nomine agit quamcumque actionem id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cavere debet, sed interdum licet suo nomine procurator experiat, tamen de rato debebit cavere, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, ut puta iusiurandum procuratori rettulit, iuravit absenti dari oportere : agit hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum (neque enim haec actio domino competere potuit) : sed debebit de rato cavere. sed et si procuratori constitutum est et ex ea causa agat : dubitandum non est quin locus sit de rato cautioni, idque Pomponius scribit.

Le seul indice qui pourrait nous faire penser qu'il s'agit du serment nécessaire, et c'est ce qui détermine M. Debray (141), est la mention de la *relatio*. Mais nous avons vu que ce mot n'est pas décisif, et qu'il y a aussi des textes (142) relatifs au serment volontaire qui en font emploi. Si nous allons donc prouver que notre texte est relatif lui aussi au serment volontaire, il sera un cas de plus à ajouter à ceux où la mention de la *relatio* n'a pas le caractère

(141) *Loc. cit.*, p. 439.

(142) Par exemple le fr. 25 d'Ulpien XXVI, *ad Ed.*, p. 759, D. XII, 2.

technique, mais seulement celui de *relatio* sans contrainte, tout comme la délation du serment volontaire est une délation sans contrainte.

Si on voulait attribuer notre texte au serment nécessaire, il serait en contradiction — puisqu'il suppose que le *procurator* peut déférer et prêter ce serment — avec un autre texte toujours d'Ulpien XXVI *ad Ed.*, P. 737, D. XII, 2, fr. 18, qui reproduit une opinion de Julien, extraite du livre X de ses *Digesta*, P. 152, et d'après laquelle le *procurator* ne peut déférer le serment nécessaire. Et les mots *alias autem*, comme fort bien le remarque M. Debray (143), ne doivent pas nous faire hésiter sur ce principe et croire qu'il y a d'autres cas dans lesquels le *procurator* peut déférer le serment nécessaire, et qui seraient ceux indiqués par Paul dans son livre XVIII *ad Ed.*, D. XII, 2, l. 17, § 3, car il est difficile qu'Ulpien qui parle du serment nécessaire, renvoie à une décision donnée par Paul en matière de serment volontaire, et dès lors les mots *alias autem* sont l'œuvre des compilateurs, et, par conséquent, à supprimer.

Ainsi le principe que le *procurator* ne peut déférer le serment nécessaire, posé par le fr. 18, D. XII, 2, restant debout, comment concilier ce fragment avec le nôtre D. III, 3, 39, § 1? M. Debray y arrive en faisant le raisonnement suivant (144) : si le *procurator*

(143) *Loc. cit.*, p. 440.

(144) *Loc. cit.*, p. 442.

ne peut déférer le serment nécessaire, c'est parce que cela dépasse les limites de son pouvoir (145), mais s'il en reçoit mandat exprès, il pourra le faire, et le fr. 18, D. XII, 2, qui pose le principe de l'interdiction, le pose pour le *procurator* tout court, pris en cette qualité seulement, et ne prévoit pas le cas où il a reçu un mandat ; par conséquent, Ulpien, en écrivant notre fr. 39, § 1, D. III, 3, a dû penser à cette possibilité donnée au *procurator* dans un mandat pour déférer le serment nécessaire. La contradiction disparaît ainsi.

Nous ne sommes d'accord ni avec le principe, ni avec son application à notre fragment. Et d'abord, quant au principe, non seulement le *procurator* ne peut déférer le serment nécessaire s'il n'en a pas reçu mandat, mais même s'il en avait reçu, il ne le pourrait non plus, car il ne peut déduire d'aucune façon en justice le droit du représenté, à cause de la manière dont il a été constitué, incertaine et non formelle, et ce mandat ne liant point le *dominus litis* vis-à-vis de l'adversaire, il pourrait agir une seconde fois contre celui-ci, comme le dit le fr. 18, D. XII, 2. Ensuite, notre fragment parle lui aussi comme le fr. 18, D. XII, 2, du *procurator* tout court, sans indiquer ou en faisant au moins allusion à la question s'il a reçu ou non mandat. C'est donc qu'il n'a pas reçu mandat pour

(145) Ulpien XXVI, *ad Ed.*, p. 674, D. XII, 2, fr. 19.

déferer le serment nécessaire, et pourtant il défère un serment. Celui-ci ne peut être alors qu'un serment volontaire.

Et notre fragment, si on l'applique au serment nécessaire, n'est pas en contradiction seulement avec le fr. 18, D. XII, 2, discuté plus haut, mais aussi avec un autre texte toujours d'Ulpien XXVI *ad Ed.*, P. 758, D. XII, 2, 34, § 3, d'après lequel le *procurator* n'est pas contraint à prêter un serment nécessaire, ce qui contredit l'idée que la *relatio* de notre fragment 39, § 1, D. III, 3, sur laquelle le *procurator* avait juré, aurait été une *relatio* technique, de contrainte.

Quant à la contradiction qui aurait existé entre notre fragment, si on l'appliquait au serment volontaire, et un autre fragment d'Ulpien XXII *ad Ed.*, D. XII, 2, 9, § 6, Lenel l'a déjà écartée (146) par cela qu'il remplace le mot *procurator* par *cognitor*. On comprend, en effet, que la mention primitive du *cognitor* soit remplacée dans le texte par celle du *procurator*, car du temps de Justinien les *cognitores* n'existaient plus (147). Et M. Debray croit aussi (148) que le fr. 9 pouvait parler du *cognitor*.

Ce texte doit donc être rejeté, parce qu'il ne prouve

(146) *Palingenesia*, Julien 126, n. 2. ; Ulpien 671, n. 2.

(147) Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 1025, n. 4, in fine, et p. 1028, in fine.

(148) *Loc. cit.*, p. 442, n. 2, in fine.

l'existence d'une *actio in factum ex iureiurando*, qu'en matière de serment volontaire.

Enfin, le dernier texte est tiré du livre 8 des *Questiones* de Papinien, P. 150, D. XIII, 5, fr. 25, § 1, et est conçu :

Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis sed et si non ultro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere qui referat, quam ut ipse iuret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.

M. Debray l'explique de la façon suivante (149) : Le texte se compose de deux parties ; dans la première Papinien considère qu'il y a pacte de constitut, que celui-ci est parfaitement organisé lorsqu'un *debitum* existait déjà, en espèce lorsque le demandeur avait prêté un serment volontaire à lui déféré, puisqu'il avait une action à ce titre, action qui ne peut être que l'*actio in factum ex iureiurando* ; et dans la deuxième partie, qui est relative au serment nécessaire à cause des mots *referendi necessitas*, il y aura de même — *nulla distinctio adhibetur* — et action résultant du serment et, par conséquent, pacte de constitut, parce que aussi dans le cas du serment

(149) *Loc. cit.*, p. 443-446.

nécessaire, il y a un *debitum*. Le *debitum* doit consister dans un pacte de serment, car c'est lui qui crée une obligation nouvelle, alors que le serment nécessaire ne fait que constater un *debitum* ancien. Dans le cas du serment nécessaire il y a aussi *debitum*, parce qu'il y a en quelque sorte pacte, lorsque le défendeur jure ; la question était plus délicate lorsqu'il y avait *relatio*, et les jurisconsultes hésitaient parce que celui qui réfère fait moins que celui qui jure. Papinien décide que même dans ce cas il y a pacte. — Le *debitum* étant ainsi créé, le pacte de constitut peut avoir lieu.

A cette manière d'interpréter le texte nous soulevons les objections suivantes : 1° S'il est vrai que le premier membre de phrase se réfère au serment volontaire, il n'est pas tout aussi vrai que l'autre membre soit relatif au serment nécessaire. Et la mention de la *referendinecessitas* n'en fait pas preuve car : a) la *relatio* est une nécessité, une contrainte, pour le demandeur seulement, qui est obligé de jurer, et non pour le défendeur, comme le prévoit le texte ; b) le texte dit que le défendeur est dans la nécessité de référer, non parce qu'il s'agit du serment nécessaire, mais à cause de la *verecundia* à laquelle la *necessitas referendi* est intimement liée dans la partie finale du texte ; c) au contraire, pour le défendeur la *relatio* n'est pas une nécessité, mais une faculté, *datur facultas*, et ne constitue pas un troisième terme

de l'alternative de contrainte : *solvere aut iurare cogam*. Celle-ci est double, et il n'est contraint qu'à payer ou jurer ; d) même pour donner à la *relatio* le caractère de contrainte en ce qui concerne le demandeur, il faut prouver d'abord que le texte est relatif au serment nécessaire, puisque nous avons vue la *relatio* fonctionner aussi sans son caractère technique, en matière de serment volontaire. 2° Il y a au cas de serment nécessaire un *debitum* tout aussi nouveau que celui qui résulte du pacte de serment. Le serment nécessaire, remplaçant la *litiscontestatio* et la *sententia*, et de même que celles-ci éteignent la dette ancienne pour créer une nouvelle, il y aura dans ce cas un nouveau *debitum*. Et, quand même le *debitum* ne serait que celui constitué par l'ancienne obligation, il serait encore suffisant pour fonder un pacte de constitut. Il n'est pas nécessaire, par conséquent, de recourir à l'idée de pacte en matière de serment nécessaire, pour lui créer un *debitum*. 3° Il n'y a pas de pacte au cas de serment nécessaire, car les textes qui en parlent, sont relatifs au serment volontaire, et si cela était vrai, il n'y aurait plus de différence à ce point de vue entre les deux genres de serments, ce qui n'est soutenu ni même par la théorie adverse. 4° Papinien ne pouvait pas donner la solution : *nulla distinctio adhibetur* en la motivant par un argument de ses adversaires, qui, l'idée de pacte étant admise dans le cas où le défen-

deur jurait, la refusaient lorsqu'il réfèrait le serment nécessaire, car, disaient-ils, « celui qui réfère fait moins que celui qui jure ». Ce n'est pas donc en vertu de cette idée qu'il aurait décidé que le pacte existe. 5° On doit, au contraire, rattacher la phrase *quia nemo dubitat modestius facere qui referat quam ut ipse iuret* non à la *nulla distinctio adhibetur* qu'elle précède, mais à la *referendis necessitas* qu'elle suit et explique, puisqu'elle en est liée par *quia*. De cette façon la phrase a le même sens que la *verecundia*. 6° Le second membre de phrase, n'étant donc en rien prouvé qu'il s'appliquerait au serment nécessaire, doit être forcément rapporté au serment volontaire, et tout le texte serait ainsi relatif à ce serment.

Nous avons fini, avec ce texte, de rechercher si l'*actio in factum ex iureiurando* pouvait être considérée comme la sanction du serment nécessaire. Son domaine d'application reste donc limité au serment volontaire, en matière de serment nécessaire fonctionnant l'*actio iudicati*.

Mais M. Debray croit soutenir sa théorie, en se mettant aussi sur un autre terrain. C'est celui de l'unité de sanction des deux genres de serments, nécessaire et volontaire, unité qu'il estime avoir établie à deux points de vue : l'un, celui des textes relatifs au serment nécessaire, l'autre, celui des textes relatifs au serment volontaire. Examinons, nous aussi, ces deux points de vue.

A

EXAMEN DES TEXTES TIRÉS DES COMMENTAIRES SUR LE
SERMENT NÉCESSAIRE

Sa proposition est la suivante (150) : silence complet de ces textes sur l'existence d'une *actio iudicati*, silence qui ne peut s'expliquer, dit-il, par l'assimilation de la *res iureiurando decisa* à la *res in iudicium deducta vel iudicata*, car : 1° Ce principe de l'assimilation aurait dû se trouver dans l'Edit, ne fût-ce que pour dire que les sanctions étaient les mêmes, et 2° l'Edit gardât-il le silence, parce que ces sanctions étaient assurées par le droit civil, les jurisconsultes ne pouvaient renvoyer simplement à la matière de la *res in iudicium deducta vel iudicata* qu'ils n'avaient pas encore traitée.

En ce qui concerne le premier argument, nous répondons : 1° Il peut être retourné contre la théorie même en faveur de laquelle on l'a invoqué, car si l'assimilation entre le serment nécessaire et la *res iudicata* aurait dû se trouver dans l'Edit, rien que pour indiquer que la sanction était la même, à plus forte raison l'assimilation entre la sanction du serment volontaire et celle du serment nécessaire aurait dû figurer dans l'Edit, pour indiquer qu'il y avait

(150) *Loc. cit.*, p. 449, 450.

identité là-dessus ; 2° Il est inexact de dire que les textes ne font pas de rapprochement entre le serment nécessaire et la *res iudicata*, preuve Ulpien XXVII *ad Ed.*, P. 794, D. XXXXII, 1. fr. 56, et M. Debray lui-même reconnaît textuellement (151) « il est bien évident, en effet, que les textes peuvent faire ce rapprochement aussi bien à propos du serment volontaire qu'à propos du serment nécessaire ». 3° On comprend que l'assimilation étant faite entre le serment nécessaire et la *res iudicata*, il ait aussi la même sanction : *actio iudicati* et *exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ* ; cela était logique, et les textes n'avaient donc pas besoin d'en parler. Au contraire, en ce qui concerne le serment volontaire, qui lui aussi était rapproché par les textes, de la *res iudicata*, comme cela a été mis en lumière par M. Debray (152), on aurait pu penser logiquement à la même sanction, mais c'est alors que l'édit sur le serment volontaire intervint et créa à la place de l'*actio iudicati*, qui était fondée sur le *iudicatum*, une action spéciale, fondée sur le pacte de serment, *actio in factum ex iureiurando*, et dont le but était de rechercher s'il y a eu ou non prestation du serment, car cette question pouvait être douteuse, le serment volontaire pouvant être aussi extrajudiciaire ; et ce n'est qu'après que ce fait avait été établi, que le *iudicatum* était mis hors de con-

(151) *Loc. cit.*, p. 130.

(152) *Loc. cit.*, p. 130, 131.

testation, qu'on pouvait aussi en ce qui concerne le serment volontaire, passer à l'exécution au moyen de l'*actio iudicati*. Pour le serment nécessaire, au contraire, on peut passer directement à l'exécution, à l'*actio iudicati*, car il a toujours lieu *in iure* et sa prestation ne peut plus, par conséquent, être contestée. En résumé donc, la situation était la suivante: le serment nécessaire, sa prestation ne pouvant pas être contestée, sanctionné par l'*actio iudicati* et l'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, fondées toutes les deux sur le *iudicatum*; le serment volontaire, dont la prestation pouvait être contestée, était sanctionné par l'*actio in factum ex iureiurando* et l'*exceptio iurisiurandi*, fondées toutes les deux sur le pacte de serment, et dont le but était de rechercher s'il y a eu ou non prestation du serment. Voilà donc les motifs pour lesquels nous croyons que l'édit sur le serment nécessaire n'avait pas besoin de faire mention des moyens par lesquels il était sanctionné.

Quant au deuxième argument qu'on a invoqué, savoir que les jurisconsultes qui commentaient l'édit sur le serment nécessaire, ne pouvaient pas renvoyer tout simplement à la matière de la *res iudicata*, qu'ils n'avaient pas encore traitée, nous répondons que: 1° Les jurisconsultes qui commentaient l'édit, devaient suivre le même ordre, et ils n'avaient donc pas à s'occuper des questions que l'édit ne soulevai

pas. 2° Qu'il serait encore très possible que les textes où les jurisconsultes mentionnaient l'*actio iudicati* aient été supprimés par les compilateurs, car de leur temps le serment nécessaire n'arrivait plus à l'exécution directe, mais au jugement. — Et l'objection de M. Debray (153), que les compilateurs n'auraient pas supprimé ces textes, mais les auraient maintenus au contraire, soit purement et simplement ceux qui parlaient de l'*actio iudicati* sans la rattacher expressément au serment, soit en interpolant ceux qui faisaient ce rapprochement, de façon à ce que l'*actio iudicati* soit liée désormais à l'idée de jugement, est une objection qui ne porte pas, car : a) Dans les textes, où il n'y avait pas de rapprochement entre l'*actio iudicati* et le serment nécessaire, les compilateurs avaient justement intérêt à supprimer la mention de l'*actio iudicati*, pour qu'il n'y ait pas de doute sur la sanction. En effet, on aurait pu être porté à attribuer la mention de l'*actio iudicati*, non à l'idée de jugement, comme le voulait Justinien et qui constituait le droit nouveau, mais à l'idée de serment, à laquelle on était habitué de la voir liée, puisqu'elle formait le droit qui avait jusqu'alors été en vigueur. b). Quant aux textes qui rattachaient l'*actio iudicati* au serment, s'ils les avaient interpolés de façon à ce qu'elle soit rattachée au jugement, il aurait été inutile

(153) *Loc. cit.*, p. 451, 456.

de maintenir la mention de l'*actio iudicati*, comme dérivant du jugement, cela allait de soi, car du moment que dans le droit nouveau le serment nécessaire arrivait toujours au jugement, ce que les compilateurs auraient dû dire par leurs interpolations, il aurait été superflu de dire que l'*actio iudicati* sanctionne le jugement. — Les compilateurs avaient donc dans les deux cas, intérêt à supprimer la mention de l'*actio iudicati*.

Mais ce n'est pas à l'aide des textes seuls sur le serment nécessaire, que M. Debray formule sa thèse, et il dit lui-même qu'on ne peut rien conclure de leur silence (154). Il recourt pour cela aux textes tirés des commentaires sur l'édit *de iureiurando*, dont nous devons donc aussi nous en occuper.

B

EXAMEN DES TEXTES TIRÉES DES COMMENTAIRES SUR L'ÉDIT « DE IUREIURANDO »

De cet examen il conclue : 1° La largeur de rédaction de l'édit *de iureiurando* permet de supposer qu'il concernait quant à la sanction, aussi le serment nécessaire, non seulement le pacte de serment (155). Nous nous expliquons autrement cette largeur de

(154) *Loc. cit.*, p. 452.

(155) *Loc. cit.*, p. 452.

rédaction. En effet, le serment étant en sa généralité volontaire, et le serment nécessaire faisant une exception seulement, dont l'édit s'occupait au titre *de rebus creditis*, le principe, la question générale du serment, c'est-à-dire le serment volontaire, a été traitée par le préteur dans l'édit *de iureiurando* et, par conséquent, la sanction dont il parlait ne devait être que celle du serment volontaire, et alors il était inutile de dire que la sanction qu'il donnait à ce principe, était spéciale à ce principe et ne devait pas être étendue aussi au cas exceptionnel de serment nécessaire. Ce n'est qu'à l'occasion de ce cas exceptionnel, de serment nécessaire, qu'il aurait dû dire quelle sanction il comportait, et il ne l'a pas dit parce que, nous l'avons vu, il n'en avait pas besoin, car du moment que le serment nécessaire faisait fonction de *iudicatum*, on comprenait très bien que la sanction ne pouvait être autre que l'*actio iudicati* (156) : 2° En second lieu, M. Debray croit (157) que la formule de l'*actio ex iureiurando* et de l'*exceptio iurisiurandi* contenait un *dare oportere*, manière commune aux deux

(156) V. plus haut, à la page 107, n° 3, les raisons pour lesquelles le serment volontaire a été sanctionné par une *actio in factum ex iureiurando* et une *exceptio iurisiurandi*, et le serment nécessaire par l'*actio iudicati* et l'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, ce qui rend impossible l'emploi pour le serment nécessaire, des sanctions de l'autre serment.

(157) *Loc. cit.*, p. 453, 454.

serments, parce que justement elle sanctionnait les deux serments. D'abord, il est inexact que la formule de l'*actio*, comme celle de l'*exceptio*, contienne un *dare oportere*, car Lenel l'a démontré qu'elle était donnée pour le cas de la revendication (158). Il n'y aurait plus ainsi le même champ d'application. Ensuite, quand même l'objet de la formule serait un *dare oportere*, il serait hasardeux de soutenir que, puisque l'objet était commun, la sanction devait être de même, car la majorité des modèles de formules de l'Edit, est donnée pour l'hypothèse du *dare oportere*, comme étant la plus simple et la plus fréquente, et nous croyons donc qu'on ne doit rien fonder sur cette coïncidence avec l'objet du serment nécessaire.

Il résulte ainsi de tout ce qui précède, que les essais de M. Debray d'attribuer l'*actio in factum ex iureiurando* et l'*exceptio iurisiurandi*, comme sanction au serment nécessaire, sont restés infructueux.

Quatrième hypothèse. — Le demandeur refuse de prêter le serment qui lui a été référé par le défendeur.

La situation étant la même que si le défendeur avait juré, nous renvoyons quant aux moyens dont

(158) Lenel, *Ed. perp.*, 2^e éd. all., p. 146. — V. aussi plus haut, p. 48, 49, notre réfutation des objections de M. Debray, *loc. cit.*, p. 453, n. 1.

profitera le défendeur, à ce que nous avons déjà dit pour ce cas (159).

Nous avons ainsi terminé avec la différence entre les deux genres de serments quant à la sanction, différence que nous croyons avoir suffisamment mis en lumière.

(159) P. 84-92. — V. aussi Ulpian XXVI, ad Ed., P. 762 D. XII, 2, fr. 34, § 7.

CHAPITRE V

Différence quant à la force probante des deux genres de serments.

Cette question ne retiendra pas longtemps notre attention, à cause du manque presque absolu des sources. Et, en effet, il n'y a qu'un seul jurisconsulte qui s'occupe de savoir si on peut revenir sur un serment prêté, c'est Gaius, dans un texte qui est extrait du livre XXX de son commentaire sur l'édit provincial, P. 377, D. XII, 2, 34 est qui est ainsi conçu :

Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. sed hæ constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim sæpe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum

sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.

On peut donc d'après les constitutions impériales, revenir sur un serment prêté, lorsqu'il y a eu un jugement d'absolution. Ce texte a été interprété de différentes manières. Ainsi il a été attribué par Demelius (160) au *iusiurandum in iudicio*, par M. Debray (161) au serment nécessaire, et nous croyons qu'il est relatif au serment volontaire.

En ce qui concerne l'opinion de Demelius que le texte parlerait d'un serment exigé par le juge *in iudicio*, comme moyen de preuve, et à la suite duquel il aurait rendu un jugement d'absolution, elle a été à juste titre démontrée comme inexacte par M. Debray (162), pour deux motifs : 1° D'abord, un jugement d'absolution n'intervient pas seulement à la suite d'un serment *in iudicio*, mais aussi à la suite d'un serment *in iure*. 2° Ensuite notre texte est traité par Gaius dans son livre XXX, sous la rubrique de l'édit, qu'il commente : *quarum actio non datur* (163), à propos de l'*exceptio iurisiurandi*, qui y est comprise. Et en matière de *iusiurandum in iudicio* ce n'est pas celle-ci qui fonctionne, mais l'*exceptio rei*

(160) *Schiedseid*, p. 94 et suiv.

(161) *Loc. cit.*, p. 135-137.

(162) *Loc. cit.*, p. 136, 137.

(163) Lenel, *Ed. perp.*, § 278, Ed. fr., II, p. 261 ; 2^e éd. all., p. 492.

iudicatæ vel in iudicium deductæ. A ceux-ci nous ajoutons encore deux autres : 1° Le mot *alias* ne peut concerner le serment nécessaire et le serment volontaire, car il est lié aux expressions *transactum sit negotium* et *cum a iudice aliquis absolutus fuerit*, ce qui voudrait dire d'après Demelius, *negotium transactum* autrement que dans le cas de serment *in iudicio*. Or, où voit-on une transaction entre les parties, par cela que le juge défère *in iudicio* le serment, rien que pour compléter sa conviction ? 2° Et quant à l'expression : *solent enim iudices in dubiis causis, exacto iure iurando secundum eum iudicare qui iuraverit*, elle n'est pas décisive, comme le croit Demelius, pour attribuer le texte au serment *in iudicio*, car elle pourrait se comprendre aussi pour l'époque de Justinien, où le serment en justice arrive toujours au jugement, et a les caractères du serment probatoire. Elle constituerait dans ce cas une interpolation, qui peut venir à l'esprit, de ce que la phrase a le caractère explicatif, procédé qui a été très fréquemment employé par les compilateurs.

Si donc le texte ne se réfère pas au serment *in iudicio*, la question reste ouverte entre le serment volontaire et le serment nécessaire. Et nous croyons contrairement à M. Debray, que ce n'est pas à ce dernier qu'on doit s'arrêter, car : 1). C'est à propos de l'*exceptio iurisiurandi* que le texte donne sa solution, et nous savons que celle-ci est la sanction

spéciale au serment volontaire. 2° Le texte ne dit pas par la phrase *cum a iudice aliquis absolutus fuerit*, que c'est d'un serment nécessaire qu'il s'agit. Il dit purement et simplement qu'il faut un jugement d'absolution, et alors le mot *alias* qui s'y réfère directement, ne peut vouloir dire autre chose que ce qui est contraire au jugement d'absolution, c'est-à-dire un jugement de condamnation, et nous savons que ce dernier est la sanction caractéristique au serment volontaire, alors que dans le cas du serment nécessaire, il y a l'exécution directe. 3° L'expression *transactum sit negotium* est en relation intime non seulement avec *alias*, mais aussi avec le contraire d'*alias*, jugement d'absolution. Ainsi la transaction par le serment interviendrait dans les deux cas, dans les deux il s'agirait par conséquent du serment volontaire et par la suite tout le texte y serait relatif. 4° Enfin, M. Debray croit (164) qu'il est naturel que le serment volontaire soit plus inébranlable que le serment nécessaire, car dit-il, le pacte de serment ne peut être brisé par l'une des parties seulement, tandis que le serment nécessaire est l'œuvre d'un plaideur aux abois, qui manque de preuves, et dont le contenu lui est dicté d'avance par la formule. Mais, d'abord, ce n'est pas le pacte de serment qui est brisé par une seule volonté, car ce pacte n'est que l'accord des

(164) *Loc. cit.*, p. 137.

parties de prêter le serment sur la délation de l'autre et une fois que ce serment a été prêté, le pacte a été accompli, il a produit l'effet pour lequel il avait intervenu. On ne peut plus donc après cela parler de pacte brisé, c'est une chose matériellement impossible. Elle n'aurait pu avoir lieu que si on ne voulait plus tenir compte du pacte, avant qu'il produise son effet, c'est-à-dire avant que le serment soit prêté, donc si on ne voulait plus jurer. Ainsi donc, ce n'est pas ce pacte que les constitutions permettent de briser, mais sa sanction, l'*exceptio iurisiurandi*, qui est l'œuvre du préteur et non des parties, et qui ne paralysera plus l'action du demandeur lorsqu'il invoquera des pièces nouvelles. Ensuite le demandeur n'est pas plus aux abois en déférant le serment nécessaire, que le serment volontaire, il l'est tout aussi bien dans l'un que dans l'autre cas, car du moment qu'il a recours au serment c'est qu'il n'a pas de preuves suffisantes pour mettre son droit en évidence. Et s'il y a quelqu'un qui doit mériter l'attention, c'est justement le défendeur en matière de serment nécessaire, car alors qu'il aurait voulu discuter le procès, il est contraint par le demandeur de prêter le serment. C'est donc sa situation qui est mauvaise, et il serait injuste de l'empirer par un nouveau procès au profit du demandeur, dont il serait ainsi toujours à la merci. Au contraire, le défendeur en matière de serment volontaire, a réfléchi s'il doit ou non jurer, et s'il a juré

sans avoir raison il n'est pas digne de l'*exceptio*, et on doit permettre au demandeur de réparer le dommage et de remettre la question s'il a de nouveaux documents. Enfin, la formule du serment nécessaire est la formule de l'action même, elle contient donc toute la prétention du demandeur, de sorte qu'elle est toute en sa faveur, alors que la formule du serment volontaire a été débattue et modifiée comme l'a voulu le défendeur, car autrement il n'aurait pas consenti à jurer. Il a pris donc ses précautions, et il n'y a pas injustice envers lui de recommencer le procès, lorsque le demandeur aura de nouveaux documents. — Mais nous savons que le défendeur possède une *exceptio*, non seulement lorsque c'est lui qui jure, mais aussi si c'est le demandeur qui refuse de jurer. Dans ce cas la situation est la même, et s'il s'agit d'un serment nécessaire et le demandeur refuse de jurer, c'est qu'il ne croit pas dans son droit exprimé par la formule de l'action, et alors il ne mérite pas l'attention, et il ne pourra plus recommencer une seconde fois le procès pour de nouveaux documents. Au contraire, si c'est le demandeur au serment volontaire qui refuse de jurer sur délation, cela s'explique car il ne veut pas jurer une formule composée par le défendeur, et il est juste donc qu'il recommence le procès, malgré l'*exceptio iurisiurandi*.

De toute façon donc, notre texte se comprend fort bien pour le serment volontaire et est inexplicable

si on veut l'attribuer au serment nécessaire. — Par conséquent, au temps de l'Edit, il n'y a que le serment volontaire qui ne fait pas preuve complète, dans un cas particulier, et à ce point de vue une nouvelle différence existe entre les deux genres de serments. — Cette différence a disparu dans la suite, comme le prouve une constitution d'Antonin Caracalla de 213, C. Just. IV, 1, 1, qui permet la *retractatio* tant du serment volontaire que du serment nécessaire dans quelques cas spéciaux (165).

(165) V. M. Debray, *loc. cit.*, p. 137, n. 1. — Demelius, *Schiedsied*, p. 57.

CHAPITRE VI

Différence quant au champ d'application. — Le serment volontaire peut intervenir dans toutes les actions ; le serment nécessaire seulement dans quelques actions déterminées.

A

DOMAINE GÉNÉRAL DU SERMENT VOLONTAIRE. —
DOMAINE SPÉCIAL DU SERMENT NÉCESSAIRE, CANTONNÉ A L'ÉDIT « SI CERTUM PETETUR »

Que le serment volontaire pouvait être fourni dans toute espèce d'action, il résulte suffisamment du texte d'Ulpien, tiré de son livre XXII *ad Ed.*, donc en commentant l'édit de *iureiurando*, P. 666, D. XII, 2, l. 3, § 1, et qui est ainsi conçu :

Quacumque autem actione quis conveniatur, si iuraverit, proficiet ei iusiurandum, sive in personam sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdictio.

Quant au serment nécessaire il était naturel,

étant donné son caractère rigoureux, qu'il soit limité à quelques cas seulement (166). Et que cela devait être ainsi, la preuve en est fournie par le fait que les textes qui parlent du serment nécessaire, sont extraits des commentaires sur l'édit *si certum petetur*, qui faisait partie de la rubrique *de rebus creditis*. Et dans le *si certum petetur* le préteur s'occupait du serment nécessaire, de la *condictio certæ pecuniæ*, de la *sponsio et restipulatio tertiarum partis*, et de la *condictio certæ rei* (167). Ce n'est donc qu'à l'occasion de ces matières déterminées que le serment nécessaire pouvait intervenir (168), contrairement à l'opinion dominante jusqu'à Demelius. Cette façon de voir est encore mise en évidence, si on adopte la proposition de Gradenwitz (169), que dans le fr. 34, § 6 du D. XII, 2, il y aurait *eum a quo certum petetur*, à la place de *eum a quo iusiurandum petetur*.

La limitation du domaine du serment nécessaire résulte encore des paroles de l'édit même : D. XII, 2, 34, § 6 : *solvere aut iurare cogam*. C'est donc en

(166) Dans le même sens M. Geouffre de Lapradelle, *Evolution historique du serment décisoire*, Thèse, Paris, 1894, p. 47.

(167) V. Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 268 ; 2^e éd. all., p. 226.

(168) Dans le même sens, Demelius, *Schiedseid*, p. 38. — Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 140. — Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 1004, n. 2. — Cuq, *Institutions*, II, p. 752, texte et n. 1. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 272 ; 2^e éd. all., p. 229.

(169) *Zeitschrift für Savigny-Stiftung*, 1887, p. 275.

matière de *solvere* qu'intervient le serment nécessaire, et *solvere* veut dire payer une dette. Et comme la dette peut être sur la *certa pecunia* comme sur la *certa res*, le mot *solvere* s'entend pour les deux cas (170).

Un autre texte renforce la théorie de la limitation du domaine du serment nécessaire due à Demelius. C'est le *principium* de la l. 34, D. XII, 2. P. 756, tiré du livre XXVI du commentaire d'Ulpien sur l'édit *si certum petetur*, ainsi conçu :

Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet : etiam de operis iusiurandum deferri potest (171).

La doctrine dominante jusqu'à Demelius, représentée par Savigny, Keller, Kiesselbach, avait interprété ce texte, en le corroborant avec la loi 3, § 1, D. XII, 2, — qui cependant nous avons vu (172)

(170) Nous empruntons à Demelius, *Schiedseid*, p. 43, n. 25, les textes qui font preuve de cette étendue de la notion du *solvere* : pour le *solvere rem*, les lois 20, 46, 98 pr., § 2, 3, *de solut.*, D. XLVI, 3 ; — *solvere servum* : l. 29, 38, § 3, 4 ; 67 pr., 72, § 5, 6 ; 95, § 1 ; 98 pr., *de solut.*, D. XLVI, 3 ; -- et *solvere* en matière d'*operæ libertorum* : l. 26, § 12, *de condic. indeb.*, D. XII, 6 ; — l. 3, § 1 ; 9, 15, § 1, *de operis libert.*, D. XXXVIII, 1 ; — l. 39, § 3, *de statuliberis*, D. XL, 7.

(171) Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, t. II, p. 598, croit le texte interpolé à cause de l'expression *locum habet ad*, mais comme M. Debray l'a fait remarquer, *loc. cit.*, p. 126 en note, cette expression est employée aussi par Gaius dans son Com. IV, fr. 117 et 122.

(172) P. 121.

qu'elle était relative au serment volontaire — en le considérant comme constituant une preuve de l'application du serment nécessaire à toutes sortes de matières, et cela d'une part à cause de l'expression *ad omnes res*, et d'autre part à cause de la mention de l'*actio operarum*, qui étant, disaient-ils, une action tout à fait éloignée du *si certum petetur*, justifiait une telle application générale du serment nécessaire. Mais les mots *omnes res* ne veulent pas dire toutes sortes de matières, car la *res* est prise ici dans le sens étroit de chose, d'objet, par opposition à la *pecunia*, dont elle fait le pendant. Et à ce point de vue on comprend que l'expression ayant ce sens que nous lui donnons, Ulpien n'ait pas éprouvé le besoin de dire *omnes certas res*, car, comme Demelius le fait observer (173) les mêmes termes sont employés, et cela croyons-nous à cause de l'opposition qu'ils font à la *pecunia*, dans un autre texte tiré de son livre XXVII *ad. Ed.*, D. XIII, 3 *de condictione triticultura*, l. 1, pr. ainsi conçu :

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petit.

Quant à l'argument tiré de la mention de l'*actio operarum*, il prouve plutôt contre la théorie en faveur de laquelle il a été invoqué, car du moment que le

(173) *Schiedseid*, p. 40, n. 8.

serment nécessaire avait lieu en toutes sortes de matières, il était inutile d'indiquer l'*actio operarum* ainsi que la *pecunia* (174). Au contraire, le *etiam de operis* prouve que le serment nécessaire devait avoir un champ d'application limité.

En plus, l'*actio operarum* n'était pas éloignée tant que ça du *si certum petetur*, ainsi que le voulait la doctrine dominante, car il a été démontré par Deme-lius (175) que la formule de l'*actio operarum* était conçue *in ius*, et qu'elle était analogue à la *condictio triticaria*, quelque chose comme ceci :

*Si paret N^m N^m (libertum) A^o A^o (patrono) X
operas dare oportere, quanti ea res erit, N^m N^m
etc. (176).*

Et il est compréhensible qu'on ait employé l'expression *dare operas*, malgré qu'il s'agissait d'un fait de la part de l'affranchi au profit du patron, parce que, ainsi que le remarque M. Jobbé-Duval (177), la pratique romaine ne connaissait pas encore les stipulations ayant pour objet un fait ou une abstention, et elle considérait la journée de travail de l'affranchi comme une marchandise pouvant former l'objet d'une *datio*.

(174) M. Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 48, 49.

(175) *Schiedseid*, p. 40 et suiv.

(176) Dans le même sens Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., II, p. 63, 64 ; 2^e éd. all., p. 328. — M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 144, 145.

(177) *Loc. cit.*, p. 144.

Dès lors, Ulpien qui avait parlé de la *pecunia* et de la *res*, devait donc être amené, à cause de l'analogie, à parler aussi de l'*actio operarum*. Et il n'était pas inutile de sa part d'en faire mention, malgré l'indication de la *condictio certæ rei*, parce que, ainsi que l'observe M. Debray (178), la *condictio certæ pecuniæ* et la *condictio certæ rei* sanctionnaient un *certum*, alors que dans l'*actio operarum* il s'agissait d'un fait, donc d'un *incertum*, d'où l'expression *ETIAM de operis* ; et aussi parce que l'*actio operarum* n'étant pas proposée par l'Edit dans la matière du serment nécessaire et, par conséquent, du *si certum petetur*, qui faisait partie du titre XVII, mais dans une autre partie, au titre XXIV *de iure patronatus* (179). On peut donc s'expliquer aussi à ce point de vue le *ETIAM de operis*.

M. Jobbé-Duval invoque (180) encore deux arguments, tirés, l'un d'un texte de Gaius extrait du livre V de son commentaire sur l'édit provincial, P. 126, D. XII, 2, 1, qui ouvre le titre du *Digeste*, et où le jurisconsulte procédant à une exposition de principes, mentionne le serment volontaire et le *iusiurandum in iudicio*, omettant le serment nécessaire, ce qui prouve que celui-ci devait avoir un

(178) *Loc. cit.*, p. 126, note.

(179) Girard, *Textes*, 3^e éd., p. 144. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr. II, p. 62-64 ; 2^e éd. all., p. 327-329.

(180) *Etudes*, p. 141, n. 1.

domaine restreint d'application ; et l'autre tiré d'un texte de Paul qui est extrait de son livre XVII *ad Plautium*, P. 1231, D. V, 1 *de iudiciis*, 28, § 2, et où il dit qu'un ambassadeur ne sera pas contraint de prêter à Rome le serment *dare se non oportere*, ce qui prouve qu'il s'agit du serment nécessaire, puisqu'il y a contrainte, et que ce serment nécessaire intervient en matière de *dare*, c'est-à-dire en matière d'*actio certæ creditæ pecuniæ* et de *condictio triticularia*.

Enfin, en dernier lieu, il y a l'argument tiré des scholies des Basiliques (181), où Stéphanos dit que de son temps, c'est-à-dire au temps de Justinien, le serment nécessaire intervient dans toutes les affaires, mais qu'autrefois, il était limité au *certum* et à la *pecunia constituta* :

Σημείωσαι δὲ ὅτι καὶ ὁ νεκαστᾶριος ὅρκος σήμερον ἐπὶ παντὸς πράγματος χώραν ἔχει, καὶ οὐχ, ὥσπερ τὸ παρὸν (παλαιόν, correc. Fabrot), ἐπὶ τῶν, οἷον ἐπὶ τῇ εἰ κέρτουμ πράκτουμ (πετάτουρ, Fabrot), καὶ τῆς πεκουνίας κονστιτούτας (182).

traduite ainsi par les éditeurs des Basiliques :

Nota vero, etiam necessarium iusiurandum hodie in omni re locum habere, neque, ut olim, in quibusdam, ut puta in actione si certum petatur et actione pecuniæ constitutæ.

(181) Demelius, *Schiedseid.* p. 70. — M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 142.

(182) Schol. 1 *ad Basil.*, XXII, 5, c. 34. (Heimbach, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, II, 559.)

Nous aurions ainsi terminé avec la question que le serment nécessaire ne pouvait avoir un domaine d'application aussi large que celui du serment volontaire, si tout récemment M. Debray, n'avait pas émis la possibilité d'une extension possible du serment nécessaire, en dehors du cercle d'application qui lui avait été déterminé par l'édit *solvere aut iurare cogam*, aux actions réelles (183). Et à propos de cette extension, il étudie la question de principe, c'est-à-dire l'introduction du serment nécessaire dans les actions réelles, et la question de l'application, c'est-à-dire l'organisation de sa force probante et exécutoire. En ce qui concerne le principe de l'extension, il le croit fondé (184) par le fragment 25, d'Ulpien XXVI *ad Ed.*, P. 759, D. XII, 2, tout en laissant indécise la question de savoir par l'intermède de qui la réforme a été accomplie. Quant à la force probante du serment nécessaire en cette matière (185), étant donné son rapprochement avec la *confessio*, elle aurait été facilitée par l'*oratio Divi Marci*, qui étendit la *confessio* aux actions réelles (186). — Enfin, la force exécutoire du serment

(183) *Loc. cit.*, p. 457-460.

(184) *Loc. cit.*, p. 457, 458.

(185) *Loc. cit.*, p. 458-460.

(186) Giffard, N. R. H., 1905, p. 469 et suiv. — Ulpien, *ad Ed.*, XXVII, P. 794, D. XXXXII, 1, 56 et Ulpien, *de omnibus tribunalibus*. V, P. 2277, D. XXXXII, 2, 6, § 2.

nécessaire dans les actions réelles, aurait été la même que celle du serment nécessaire en matière de *condictio*, avec en plus la *ductio* de la *res* en matière mobilière et délivrance d'interdits en matière réelle immobilière (187).

Il nous semble inutile de discuter la question de la force probante et exécutoire de ce prétendu serment nécessaire, parce que nous repoussons le principe même, l'extension du serment nécessaire aux actions réelles. En effet, le seul texte sur lequel cette théorie a été construite, est le fr. 25 d'Ulpien, D. XII, 2, texte que nous avons déjà étudié (188), et que nous savons par conséquent être relatif au serment volontaire. Qu'il soit dit en passant seulement qu'en ce qui concerne la force probante, il n'était pas nécessaire qu'elle soit facilitée par l'*oratio Divi Marci*, c'est-à-dire par l'extension de la *confessio* aux actions réelles, car si le serment nécessaire peut être rapproché de la *confessio*, il peut l'être à plus forte raison de la *res iudicata*. Or, celle-ci fonctionne en toute matière, et pourtant le serment nécessaire n'a été admis par l'Edit que dans des matières strictement déterminées. On ne peut donc rien fonder sur le rapprochement entre le serment nécessaire et la *confessio*.

Après avoir ainsi mis en lumière le défaut d'appli-

(187) *Loc. cit.*, p. 460.

(188) P. 21-27.

Ioachimovici

cation du serment nécessaire à toutes sortes de matières, et sa limitation au domaine du *si certum petetur*, il nous reste à nous demander, si cela a lieu pour l'entier domaine du *si certum petetur*, ou s'il ne doit encore être restreint, comme l'ont fait quelques auteurs (189), à une partie seulement de ce domaine.

En effet, en se fondant sur une prétendue différence qui existerait entre la *condictio certi* généralement, la *condictio certæ pecuniæ* spécialement, d'une part, et l'*actio certæ creditæ pecuniæ* d'autre part, ils ont considéré comme seul domaine d'application du serment nécessaire le terrain de l'*actio certæ creditæ pecuniæ* à l'exclusion tant de la *condictio certæ pecuniæ* que de la *condictio certæ rei*, sauf Stintzing, qui avait adopté la solution inverse, c'est-à-dire la *condictio certæ pecuniæ* à l'exclusion non seulement de la *condictio certæ rei*, mais aussi de l'*actio certæ creditæ pecuniæ*. Comme on le voit, ils sont d'accord seulement sur le point de refuser la *condictio certæ rei* comme domaine d'emploi du serment nécessaire, et la question se trouve ouverte s'il faut s'arrêter à la *condictio certæ pecuniæ* ou à l'*actio certæ creditæ pecu-*

(189) Heimbach, *Die Lehre der Creditum*, p. 45 et suiv., p. 553 et suiv. — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 594-598. — Geouffre de Lapradelle, *Evolution historique du serment décisoire*, Thèse, Paris, 1894, p. 50-56. — W. Stintzing, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Iena, 1901, p. 1-61.

næ. Cette opinion d'une *actio certæ creditæ pecuniæ* indépendante de la *condictio certæ pecuniæ* a été vivement combattue par la généralité des auteurs (190), et il est aujourd'hui complètement établi, qu'il n'y avait pas deux actions distinctes, mais une seule et pour laquelle deux expressions étaient employées, l'une d'*actio certæ creditæ pecuniæ*, qui était l'expression technique et désignait la prétention poursuivie en justice, l'autre de *condictio certæ pecuniæ*, désignant la forme de procédure à suivre (191) (*legis actio per conductionem*), terme qui s'est conservé après la disparition des *legis actiones*, comme une réminiscence historique (192). Cette théorie est appuyée aussi par le fait que les sources ne font mention que d'une seule formule d'action, alors que dans l'opinion contraire deux formules auraient été nécessaires. — Nous nous contentons de mettre à

(190) Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 79 et suiv. — Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 492, n. 2. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., II, p. 270, texte et n. 3 ; 2^e éd. all., p. 228, texte et n. 8. — Keller, *Des actions chez les Romains*, trad. Capmas, p. 74. — Pflüger, *Ciceros rede pro Q. Roscio comædo*, p. 3, 5 et suiv. — Von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, I, p. 52 ; II, p. 39, 42, 44. — Robert von Mayr, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, v. XXIV, p. 260-267, spécialement. — Il donne aussi beaucoup de renvois à la littérature concernant la question.

(191) Robert v. Mayr, *Z. S. St.* XXIV, p. 262, texte et n. 1.

(192) V. Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio*, II, p. 42.

profit pour notre question, ces résultats qui sont déjà acquis pour la science, sans entrer dans de plus amples développements des arguments qui ont été fournis pour et contre, car cela nous amènerait à étudier le problème de la *condictio*, ce qui évidemment nous entraînerait trop loin du but que nous nous sommes proposé à suivre par le présent ouvrage.

La distinction entre l'*actio certæ creditæ pecuniæ* et la *condictio certæ pecuniæ*, étant donc ainsi écartée, il nous reste à nous demander si le serment nécessaire qui avait lieu en matière de *condictio certæ pecuniæ*, devait être employé aussi en matière de *condictio certæ rei*. Cela ne peut faire doute, à notre avis, en présence de la rubrique *si certum petetur*, sous laquelle figurait notre édit sur le serment nécessaire, car la notion du *certum* (193) comprenait tant la *certa pecunia* que la *certa res*. Et on ne peut rien induire contre notre opinion, du fait que dans le Code le serment est étudié sous la rubrique *de rebus creditis* (IV, 1), alors que le *si certum petetur* forme le titre suivant (IV, 2) (194), puisque le *certum* comprenant aussi la *certa pecunia*, il faudrait considérer le serment nécessaire comme étranger aussi à celle-ci ; et en plus, tout le titre premier du Code est con-

(193) Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 268 et suiv. ; 2^e éd. all., p. 227 et suiv.

(194) Gouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 51.

sacré seulement au serment, sans dire un mot de la *pecunia certa* qui n'est traitée que dans le titre suivant. On doit donc en conclure, que le serment figurait dans le Code avant le *si certum petetur*, parce qu'il le gouvernait tout entier, et devait, par conséquent, y occuper la première place (195). Cette façon de voir est aussi confirmée par la disposition des matières dans le *Digeste*. Ainsi dans le livre XII, le titre premier est consacré aux *rebus creditis, si certum petetur et de condictione*, et l'institution du serment est traitée dans le deuxième titre. Mais la structure de l'Edit même, ainsi qu'elle résulte des commentaires des jurisconsultes et en particulier d'Ulpien, le démontre. En effet, la rubrique *si certum petetur* comprenait dans l'ordre suivant : l'édit sur le serment ; la *sponsio* et la *restipulatio tertie partis* ; la formule de la *condictio certæ pecuniæ* ; et enfin la formule de la *condictio certæ rei* (196). Si donc l'édit sur le serment précédait la *condictio certæ pecuniæ* et la *condictio certæ rei*, c'est qu'il était applicable dans les deux cas. Quant au fait qu'Ulpien étudie le serment nécessaire dans le livre XXVI *ad Edictum*, de même que la *sponsio* et la *condictio certæ pecuniæ*, et qu'il n'étudie la *condiction tritica-*

(195) Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 268, n. 2 ; 2^e éd. all., p. 226, n. 8.

(196) Lenel, *Pal.* sous Ulpien XXVI et XXVII, *ad Ed.* ; — *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 268 ; 2^e éd. all., p. 226.

ria qu'au livre XXVII (197), il ne prouve rien contre notre théorie, parce-qu'au même livre XXVII il s'occupe de la *pecunia constituta*, ce qui ne constitue pas une preuve que le serment nécessaire ne fonctionnait pas en cette matière et ce que nos adversaires ne contestent pas non plus. Du reste, la mention du *certum* comme domaine du serment nécessaire, ne résulte pas seulement de la rubrique de l'édit, *si certum petetur*, mais aussi si on adopte la lecture Gradenwitz (198) : *eum a quo certum petetur, solvere aut iurare cogam*; et, enfin, du récit de Stéphanos (199), que nous avons cité déjà, et où il dit que le serment nécessaire était employé autrefois ἐπὶ τῇ εἰ κέρτουμ πετάτορ, καὶ τῆς πεκουνίας κονστυτούτας (200).

Qu'on ne nous objecte pas l'expression *in pecuniariis causis* de Paul, dans ses *Sentences* II, 1, § 1 (201). Nous avons vu (202) déjà, que cette expression avait le sens de procès civils, par opposition aux procès criminels, sens que lui avaient donné les

(197) Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 34.

(198) Z. S. St., 1887, p. 275.

(199) Schol. I, *ad Basil.*, XXII, 5, c. 34. (Heimbach, *Prolegomena et Manuale Basilicenum continens*, II, 559).

(200) Sur l'objection de M. Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 51, n. 4, qu'on ne doit pas attacher de l'importance aux connaissances de Stéphanos sur le droit ancien, v. Demelius, *Schiedseid*, p. 70 texte et n. 15.

(201) Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 54.

(202) P. 4, 16, 17.

compilateurs du Bréviaire d'Alaric, et qui était en contradiction avec le droit classique, car le serment nécessaire ne pouvait être fourni à cette époque dans tous les procès civils (203). Quant aux textes de Plaute : *Curculio* 4, 2, 10 : *abiurant si quid creditum est*; *Rudens* prol. 14 : *quique in iure abiurant pecuniam*; *Persa*, IV, 3, 9 : *nec metuo quibus credidi hodie ne quis mihi abiurassit in iure*; et de Salluste : *Catilina*, c. 25 : *sed ea sæpe antehac fidem prodiderat, creditum abiuraverat*; ils ne sont pas concluants car à côté de la *pecunia* ils mentionnent aussi le *creditum* tout court, ce qui comprend aussi autre chose que la *pecunia*. Et la preuve en est fournie par Isidor de Séville, *Orig.* V, 26 : *abiuratio id est rei creditæ abnegatio*, et Servius in *Aeneidem* VIII, 263 : *abiurare est rem creditam negare periurio*.

On peut encore citer le texte de Paul XVII *ad Plautium*, P. 1231, D. V, 1, *de iudiciis*, 28, § 2, où il parle du serment *dare se non oportere*, car le *dare* comprend la *certa pecunia* tout aussi que la *certa res* (204). De même, les paroles de l'édit : *solvere aut iurare cogam*, puisque *solvere* est employé par les textes non seulement dans le sens de *solvere pecuniam*, mais aussi de *solvere rem, servum, operas* (205). Et c'est pour qu'aucun doute ne subsiste à

(203) Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 138.

(204) Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 141, n. 1.

(205) V. plus haut, p. 123, n. 170.

cet égard, qu'Ulpien insiste dans le texte connu, D. XII, 2 fr. 34 pr. : *Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet*, que le serment nécessaire peut porter non seulement sur la *certa pecunia*, mais aussi sur la *certa res* (206). — Citons en dernier lieu, la suite du *principium* du fr. 34, D. XII, 2; où il s'agit du serment nécessaire qui intervient dans une obligation de *dare servum* (207).

.... *quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem, et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei iusiurandum, aut spatium dandum, ut certioretur et sic iuret.*

La conclusion de tout ce qui précède, est donc que le domaine du serment nécessaire s'étendait à toutes les matières du *si certum petetur*, tant à la *condictio certæ pecuniæ* qu'à la *condictio certæ rei*, et à l'*actio operarum* qui lui était assimilée. — Mais il pouvait aussi avoir lieu dans d'autres cas déterminés et c'est d'eux que nous allons nous en occuper maintenant.

(206) Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 141.

(207) Demelius, *Loc. cit.*, p. 40.

B

DOMAINE DU SERMENT NÉCESSAIRE EN DEHORS DE L'ÉDIT
« SI CERTUM PETETUR » : DANS L' « ACTIO RERUM AMO-
TARUM », LES ACTIONS NOXALES, LOI « CORENLIA DE
INIURIIS » et L' « ACTIO DE PECUNIA CONSTITUTA ».

I. — *Actio rerum amotarum.*

L'édit *de rebus amotis*, comprenait (208) outre l'*actio rerum amotarum*, qui était une action prétorienne et *in factum concepta*, aussi un édit instituant le serment nécessaire en cette matière, et dont Ulpien dans son livre XXXIII, *ad Ed.*, P. 961. D. XXV, 2 fr. 11, § 1, en fait foi (209) :

*Qui rerum amotarum instituit actionem si velit
magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius
iurare nihil divortii causa amotum esse, dum
prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.*

L'extension a été donc l'œuvre du préteur, puisque le serment nécessaire est employé en dehors des actions *in ius*, dans une action prétorienne, *in factum concepta* et elle s'explique par cela qu'on voulait

(208) Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., II, p. 26, 28 ; 2^e éd. all., p. 298, 300.

(209) Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 57.

• éviter une action *propter res amotas* entre le mari et la femme, et que la vie intime de la famille soit ainsi étalée devant tout le monde (210). Mais ce serment nécessaire n'a plus les mêmes caractères que le serment nécessaire classique, et notamment il ne porte plus sur la question de droit, mais sur une question de fait, celle de savoir *si nihil amotum esse*, et en second lieu il perd la faculté de la relation, Ulpien XXXIII *ad. Ed.*, P. 961, D. XXV, 2, 11, § 3 : *Si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videtur prætor permisisse*, et loi 13, eodem : *Ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum referre iusiurandum : et ita edictum ordinatur videtur*. De sorte que Paul ne pouvait pas écrire dans son livre XXXVII *ad Ed.*, P. 553, d'où est tiré le fr. 38, D. XII 2 : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec iurare nec iusiurandum referre*, car il s'occupait dans ce livre, de l'édit *de rebus amotis*, et le serment nécessaire intervenant en cette matière, ne comportait pas de *relatio*. Donc l'expression *nec... nec et iusiurandum referre* ne peut avoir une autre origine que celle des compilateurs de Justinien, qui voulaient transformer en une règle générale, le cas spécial prévu par Paul. Il devait donc avoir dit : *manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle iurare* (211). Et on comprend que la faculté de réfè-

(210) Demelius, *Schiedseid*, p. 61.

(211) Demelius, *Schiedseid*, p. 59, n.° .

rer soit refusée au défendeur, car il ne s'agit pas de jurer sur l'existence d'un droit, comme dans le domaine du *si certum petetur*, mais de jurer sur l'existence d'un fait, *nikil amotum esse*, serment que le défendeur pouvait très bien prêter, mais qu'à son tour le demandeur ne le pouvait pas, parce qu'il ne pouvait pas savoir tout aussi exactement, si le défendeur avait ou non soustrait des choses (212). Et le demandeur ne pouvant pas prêter un pareil serment, le défendeur qui ne voulait pas s'y soumettre faisait acte de turpitude et d'aveu.

II. — *Actions noxales.*

C'est encore le préteur qui avait permis au demandeur, de déférer au défendeur, à l'occasion d'une action noxale, le serment nécessaire, sur la question de savoir si l'esclave qui avait commis le délit, *in sua potestate esse*. Et cet édit nous est parvenu toujours par l'entremise d'Ulpien, dans son livre XXIII *ad Ed.*, où il commentait aussi les actions noxales, P. 681, D. IX, 4 fr. 21 § 2 (213) :

Prætor ait : « Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere :

(212) Demelius, *loc. cit.*, p. 62.

(213) Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 180 et suiv. ; 2^e éd. all., p. 154 et suiv. — Demelius, *Schiedseid*, p. 62, 63. — Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 57.

utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxæ deductione. »

Il résulte de ce texte, qu'il s'agit d'un serment nécessaire, et à la prestation duquel le seul défendeur est tenu ; la faculté de la *relatio* lui faisant défaut aussi dans ce cas. Cette absence de *relatio* est motivée, de même que dans le cas de *rebus amotis*, par la raison que c'est toujours une question de fait qui forme l'objet du serment, la question si le défendeur a encore l'esclave en sa puissance, ce que évidemment le demandeur ne peut pas jurer, parce qu'il ne peut pas le savoir. Et en plus, le serment porte ici, aussi sur la question plus difficile, si le détenteur n'a pas cessé par son dol d'avoir l'esclave dans sa puissance. La question du dol échappant aux investigations du demandeur, il est juste de ne pas le contraindre par la *relatio*, à prêter le serment.

III. — *Loi Cornelia de iniuriis*

Cette loi qui avait transformé en délits publics les coups et la violation de domicile *pulsare, verberare vi domum introire*) (214), introduit aussi le serment

(214) Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 403.

nécessaire en cette matière, d'après ce que nous en a transmis Ulpien dans son livre LVI *ad Ed.*, où il s'occupait de *iniuriis*, P. 1337, D. XLVII, 10 de *iniuriis et famosis libellis*, fr. 5, § 8.

Hac lege permittitur actori iusiurandum deferre, ut reus iuret iniuriam se non fecisse, sed Sabinus in adessorio etiam prætores exemplum legis secuturos ait : et ita res se habet (125).

La question se présente ici aussi, sous le même aspect que dans les cas précédents. Le serment dont parle le texte, est toujours un serment nécessaire, qui est permis par la loi au demandeur seulement, et, par conséquent il n'y a pas de *relatio*, car il porte aussi sur une question de fait, celle de savoir si le défendeur a eu réellement l'intention de commettre le délit, ce qui échappe à la connaissance du demandeur.

Ainsi le serment nécessaire apparaît en dehors du *si certum petetur*, dans ces trois cas prévus tant par le prêteur que par la loi, mais avec une caractéristique spéciale : il porte sur une question de fait, et est dépourvu de la faculté de la *relatio*.

(215) Demelius, *loc. cit.*, p. 63, 64. — Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 57.

IV. — *Actio de pecunia constituta*.

La présence d'un serment nécessaire en cette matière, et qui serait l'œuvre du prêteur puisque l'*actio de pecunia constituta* est prétorienne, a été récemment combattue par Stintzing (216), qui en se fondant sur la prétendue distinction entre l'*actio certæ creditæ pecuniæ* et la *condictio certæ pecuniæ*, refusait de voir fonctionner un serment nécessaire dans la première, tout en l'admettant pour la seconde. De là à contester l'existence du serment nécessaire dans l'*actio de pecunia constituta*, il n'y avait qu'un pas que Stintzing franchit très facilement à l'aide d'une interprétation erronée des textes fondamentaux en cette matière. Mais si on admet, comme nous l'avons déjà dit, (217), que la majorité des auteurs est d'accord pour repousser cette séparation entre l'*actio certæ creditæ pecuniæ* et la *condictio certæ pecuniæ*, on doit forcément arriver à la solution inverse, justement à cause de cette analogie entre la *condictio certæ pecuniæ* (*actio certæ creditæ pecuniæ*) et l'*actio de pecunia constituta*, car cette action n'a d'autre but que de permettre le recouvrement de la dette, qui aurait dû être poursuivie par l'*ac-*

(216) *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte*, 1901, p. 44, 45.

(217) P. 131.

tio certæ creditæ pecuniæ et que le défendeur s'était engagé de payer à un jour déterminé. Elle doit donc avoir les mêmes caractères que la *condictio certæ pecuniæ*, savoir le serment nécessaire et la pénalité de la *sponsio*, qui est ici, à cause du manque de foi plus grave du défendeur, augmentée du tiers à la moitié de la somme due : *sponsio dimidiæ partis* (218). Et il en résulte encore, que le serment qui intervient dans l'*actio de pecunia constituta*, doit avoir les mêmes caractères que celui qui est fourni en matière de *si certum petetur*, c'est-à-dire porter sur le droit même et être accompagné de la *relatio* (219).

Ces considérations suffiraient à elles seules pour justifier un pareil serment, quand même les commentaires sur l'Edit n'en parleraient pas, d'autant plus que ces commentaires ne parlent non plus de la *sponsio dimidiæ partis*, dont l'existence nous est révélée seulement par un texte des *Institutes* de Gaius : C. IV, 171 (220). Mais les textes en faveur de notre théorie ne manquent pas. Ainsi tout d'abord, un

(218) Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 603 texte et n. 1. — Cuq, *Institutions*, II, p. 455, texte et n. 3. — Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 186 et suiv. — Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 59 et suiv.

(219) Demelius, *Schiedseid*, p. 71. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 287 ; 2^e éd. all., p. 242.

(220) Demelius, *Schiedseid*, p. 69. — Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 64.

texte de Paul, tiré du livre III de son commentaire *ad Edictum*, P. 119, D. XII, 2, 14 ; ainsi conçu :

Quotiens propter rem iuratur, nec parenti nec patrono remittitur iusiurandum : propter rem autem iusiurandum exigitur veluti de pecunia credita, cum iurat actor sibi dari oportere vel reus se dare non oportere, idem est, cum de pecunia constituta iusiurandum exigitur.

Paul avait écrit ce texte dans son livre III, sous la rubrique *de edendo*, à propos de l'obligation de l'*argentarius* de présenter les comptes demandés par son client, et plus spécialement à propos du *iusiurandum de calumnia* que ce dernier devait prêter. Et après avoir dit qu'il y avait une *remissio* de ce serment au profit du *parens* ou du *patronus*, qui par conséquent, n'était plus obligé de le prêter — et il est à remarquer que cette *remissio* n'est pas l'œuvre de l'entente, car elle existe au profit de personnes déterminées — il s'exprime dans notre texte, que cette faveur de la *remissio* n'existera plus, donc qu'on sera obligé de jurer, lorsque le serment ne portera plus sur la question si on a agi ou non par calomnie, mais sur la question principale même, celle de la dette, *propter rem iuratur*. Stinzing a tort donc, quand il croit que *iurare propter rem* veut dire *iurare de calumnia* (221). Le caractère nécessaire du serment résulte non seulement de

(221) *Beiträge*, p. 45.

l'absence de la *remissio*, mais aussi de la mention de la *pecunia credita*, qui explique ce que veut dire *iurare propter rem*, car nous savons que la *pecunia credita* est le domaine d'emploi du serment nécessaire. Si le texte n'a pas mentionné aussi la *certa res*, c'est que cela n'était pas nécessaire en présence de la question dont il s'agissait, celle des affaires d'argent, puisqu'il y était question de l'*argentarius*. On ne peut donc en conclure que le domaine du serment nécessaire comprenait seulement la *pecunia credita*. Mais le rapprochement entre la *pecunia credita* et la *pecunia constituta*, à propos du serment nécessaire, est de la plus haute valeur (222).

Nous avons encore un autre texte, celui-ci d'Ulpien, et tiré du livre XXVII de son commentaire *ad Edictum*, P. 796, D. XII, 2, 36, ainsi conçu :

Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia et reus iuraverit, exceptione utetur si de constituta conveniatur. sed si de sorte, il est de priore obligatione conveniatur, exceptio cessabit, nisi de hac quoque iuraverit adversario deferente.

Ce texte que nous avons déjà commenté (223), a été considéré par Demelius (224), comme se rappor-

(222) Demelius, *Schiedseid*, p. 68. — Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 187, n. 2. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 287 ; 2^e éd. all., 242. — Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1914, p. 605, n. 4.

(223) P. 53, 54.

(224) *Schiedseid*, p. 67.

tant au serment volontaire, à cause de la modification de la formule du serment, modification qui ne serait possible qu'à la suite d'un pacte, et qui par conséquent est exclue dans le serment nécessaire où le pacte n'existe pas, et où l'objet du serment ne peut être que celui qui est déduit en justice par la formule de l'action, c'est-à-dire la question de droit.

Il nous semble, au contraire, que c'est justement à cause de cela qu'il faut attribuer le texte au serment nécessaire, car il ne fait que confirmer la règle qu'on ne peut modifier la formule du serment — ce qui pourtant est possible pour le serment volontaire, et produit toujours une *exceptio* — puisqu'il dit que si on a intenté l'*actio de pecunia constituta*, et que le défendeur a prêté le serment *de constituta pecunia*, il aura une *exceptio* ; et qu'à l'inverse, si on a intenté une action en vertu de la première obligation, et que la formule du serment au lieu de porter sur l'existence de celle-ci, a été modifiée dans le sens qu'elle porte seulement sur la *constituta pecunia*, le défendeur n'aura plus à son profit l'*exceptio*, *exceptio cessabit* dit le texte, pour repousser l'action du demandeur. Et cela se comprend, car l'*exceptio* en matière de serment nécessaire, est l'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, or celle-ci ne peut plus fonctionner, il n'y a pas de chose jugée, lorsque le défendeur n'a pas juré la prétention entière du de-

mandeur. Et le texte ajoute, que cette *exceptio* produira son effet, lorsque le serment aura porté sur cette question de l'obligation originaire, à propos de laquelle le demandeur avait intenté l'action. Cette règle donc, que le texte confirme, est bien la règle qui concerne le serment nécessaire, et ne pourrait se comprendre pour le serment volontaire, où la formule du serment peut avoir n'importe quel objet, du moment qu'il y a eu pacte sur ce point, et une exception existera toujours au profit du défendeur à raison de ce pacte et de ce serment prêté. Le texte n'aurait pas pu dire dans ce cas *exceptio cessabit*, puisqu'elle existe (225).

Nous avons, en dernier lieu, le témoignage, déjà vu (226), du scholiaste des Basiliques, Stéphane (227), car il dit qu'autrefois le serment nécessaire avait lieu seulement en matière de *si certum petetur* καὶ τῆς περὶ τούτου κόνστυτούτας (228). S'il n'a pas

(225) Lenel aussi, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 287; 2^e éd. all., p. 242, rapporte ce texte au serment nécessaire, mais sans en donner la raison. De même M. Debray, N. R. H., 1908, p. 448 en note, qui l'attribue au serment nécessaire à cause de la présence du constitut. Mais il s'agit justement de savoir, si dans le cas de constitut, le serment est nécessaire. Nous croyons l'avoir suffisamment démontré au texte.

(226) P. 127, 134, 122.

(227) Schol. I, *ad Basil.*, XXII, 3, c. 34. (Heimbach, *Prolegomena*, II, 559).

(228) Demelius, *Schiedseid*, p. 70. — Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 187, n. 2. — Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 287; 2^e éd. all.,

mentionné aussi les autres cas dans lesquels fonctionnait le serment nécessaire, c'est que celui-ci n'avait plus alors toute sa plénitude, étant dépourvu de la *relatio*. On ne pouvait donc parler d'un vrai serment nécessaire, au sens classique du mot.

Nous avons ainsi terminé avec les recherches sur le domaine d'application du serment nécessaire. Ce domaine consistait donc dans la *condictio certæ pecuniæ*, *condictio certæ rei*, *actio operarum*, *actio rerum amotarum*, *actions noxales*, *loi Cornelia de iniuriis*, et *actio de pecunia constituta*.

p. 242. — Girard, *Manuel*, 5^e éd., p. 605, n. 1. — Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 65, 66.

CHAPITRE VII

Différence quant au but et quant aux origines entre les deux institutions. — Serment nécessaire d'origine civile ; Serment volontaire d'origine prétorienne.

Pour l'étude de la question, nous laisserons de côté le serment nécessaire qui intervient en matière d'*actio rerum amotarem*, d'actions noxales, et de la loi *Cornelia de iniuriis*, et qui est l'œuvre tant du préteur que de la loi, et s'explique par des raisons spéciales, parce qu'il porte dans ces trois cas sur une question de fait au lieu de porter sur la question de droit, et qu'il est dépourvu de la faculté de la *relatio* ce qui fait qu'il ne s'agit plus du serment nécessaire classique, que nous avons toujours étudié jusqu'à présent en parallèle avec le serment volontaire. De même, nous laisserons de côté le serment nécessaire intervenant dans l'*actio de pecunia constituta*, qui, quoique d'origine prétorienne, s'explique par l'analogie de cette action avec la *condictio certæ pecuniæ*. Il ne nous reste donc qu'à nous occuper du serment

nécessaire de la *condictio certæ pecuniæ* et de la *condictio certæ rei*, qui est différent, nous croyons, du serment volontaire, tant par son origine que par le but qui a présidé à sa création.

D'après un système préconisé par Demelius (229), il n'est pas considéré comme strictement démontré, que l'origine du serment nécessaire en matière de *certum* remonterait aux lois *Silia* et *Calpurnia* créatrices de la *legis actio per conductionem de certa pecunia* et de *omni certa re*, mais que d'autre part cette supposition ne paraît nullement invraisemblable (230). Et en tout cas, en raison des textes de Plaute : *Curculio*, 4, 2, 10 : *abiurant si quid creditum est* ; *Rudens*, prol. 14 : *quique in iure abiurant pecuniam* ; *Persa*, IV, 3, 9 : *nec metuo quibus credidi hodie ne quis mihi in iure abiurassit*, il attribue au serment nécessaire une origine antérieure à l'édit du préteur (231). Quant à la raison d'être de son introduction, il la voit dans le désir de trancher plus rapidement les

(229) Signalons en passant, l'opinion de Schulze, *Privatrecht und Prozess*, p. 509 et suiv., d'après laquelle le serment nécessaire serait le jugement rendu par l'une des parties dans sa propre cause, en même temps que la survivance du *sacramentum* de la *legis actio sacramenti*. Cette opinion a complètement échoué à la suite des réfutations de Demelius, *Schiedseid*, p. 80-82, et de M. Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 151, 161-162, et nous croyons par conséquent inutile d'y revenir.

(230) *Schiedseid*, p. 73.

(231) *Schiedseid*, p. 73, n. 4.

contestations, ce qui intéresse au plus haut point le commerce d'argent. Tout comme la *sponsio tertiæ partis*, il sera un moyen de contraindre le défendeur, par la crainte du parjure, à ne pas user de la résistance vis-à-vis de son adversaire. Et si d'autre part, il n'intervient que dans le domaine du *certum*, cela s'explique encore par le fait, que dans ce cas le défendeur doit savoir parfaitement s'il est ou non débiteur (232).

En ce qui concerne la question de l'origine, nous ne voyons pas ce qui empêcherait Demelius de considérer définitivement le serment nécessaire comme remontant aux lois *Silia* et *Calpurnia*. Nous nous réservons, d'ailleurs, de traiter plus amplement ce point, quand nous exposerons le système auquel nous nous rallions. Qu'il soit retenu seulement, que Demelius lui aussi, ne croit pas à une origine prétorienne du serment nécessaire. Si on considère maintenant le jour sous lequel il envisage son introduction, on s'aperçoit immédiatement que ce ne peut être là le vrai motif, car le désir de mettre fin plus rapidement aux contestations, est un désir tout à fait légitime pour n'importe quelle affaire, et à ce point de vue il n'explique pas pourquoi la limitation aux seules affaires du *certum*. Ce n'est pas que le défendeur ne serait certain s'il est ou non débiteur

(232) *Schiedseid*, p. 72-77.

que dans le domaine de la *certa pecunia* ou de la *certa res*. Ce sentiment peut ne pas lui faire défaut, même s'il s'agit d'autres actions. Même le défendeur à une action réelle, peut savoir si c'est lui qui est le propriétaire, et jurer à cet effet. De même, il peut savoir exactement si certains faits ont eu lieu ou non. Pourquoi, dès lors, ne pas lui donner le droit de les affirmer par serment ? Et d'autre part, est-on bien sûr que le défendeur à la *certa pecunia* ou à la *certa res* soit aussi certain sur la question de sa dette ? On a le droit d'en douter, si on considère les multiples aspects sous lesquels peut se présenter la vie des affaires. Ainsi, par exemple, il peut se demander si son mandataire a payé ou non la dette, comme le fait remarquer très justement M. Jobbé-Duval (233), auquel nous empruntons ces arguments. Comme l'on voit, les motifs [donnés par Demelius n'expliquent pas la limitation du serment nécessaire au seul domaine du *certum*, et nous devons chercher la solution du problème dans un autre système.

Ainsi d'après M. Debray (234), étant donné le lieu

(233) *Etudes*, p. 152, 153.

(234) N. R. H., 1908, p. 149-153. — Il reprend l'opinion que l'introduction du serment nécessaire est due au prêteur, exprimée par J. von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio*, II, 1907, p. 354, texte et n. 4, et Wlassak, *abiuratio*, dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, p. 102, et *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 347-353.

de filiation historique entre la *condictio certæ pecuniæ* et la *condictio certæ rei* de la procédure formulaire d'une part, et la *legis actio per conductionem certæ pecuniæ* et *certæ rei*, des lois *Silia* et *Calpurnia*, d'autre part, la limitation du serment nécessaire au *certum* s'expliquerait par le fait, qu'un serment a été prévu originairement par ces lois et dans leur domaine d'application seulement. Mais si le serment qui intervenait dans la *condictio certæ pecuniæ* et dans la *condictio certæ rei*, était un serment nécessaire, celui qui intervenait dans la *legis actio per conductionem* n'avait pas le même caractère, et les lois *Silia* et *Calpurnia* n'auraient fait que créer le serment volontaire. Ce n'est que le préteur sous la procédure formulaire, qui en trouvant le serment fonctionner en ces matières, l'aurait transformé en nécessaire, parce qu'il trouvait là « un excellent moyen de trancher les contestations » et que « l'objet du procès était extrêmement précis, le défendeur devait donc savoir s'il était débiteur, et alors payer, ou s'il ne l'était pas, et alors jurer ». Ce serait donc là le but de l'introduction du serment nécessaire, et à ce point de vue il y a analogie complète, entre ce système et celui de Demelius, dont il s'en sépare pourtant, par cela qu'il reconnaît une origine prétarienne. Enfin, pour mettre son opinion le plus possible en harmonie avec les sources, M. Debray essaie d'écarter les textes de Plaute, que nous avons déjà vus être con-

sidérés par Demelius, comme une preuve suffisante de l'existence du serment nécessaire sous les *legis actiones* (235), en disant que l'expression employée, *in iure*, ne doit pas être prise dans son sens technique mais dans celui plus général de procès, que le serment dont il s'agit doit être un serment dont l'initiative émanait du juge, et qu'enfin, même s'il s'agissait d'un serment détéré *in iure* par le demandeur, aucun texte n'indique que le défendeur soit forcé de le prêter ou de payer (236).

Mais, est-il possible de penser que Plaute ait voulu désigner par l'expression *in iure*, le serment dont l'initiative émanait du juge, c'est-à-dire le serment *in iudicio*? Et même si l'expression avait eu ce sens général de procès, est-on autorisé de croire que Plaute aurait pensé à la phase *in iudicio* plutôt qu'à celle *in iure*? Quant au fait que ces textes n'indiquent pas que le défendeur soit contraint de jurer cela s'explique par la circonstance que l'auteur ne parle que du fait d'*abiurare*, et qu'il n'était donc pas amené de parler si le serment a eu lieu à la suite d'une contrainte ou non. Par conséquent, on n'est pas fondé pour écarter le témoignage résultant des textes de Plaute.

(235) De même Lenel, *Ed. perp.*, éd. fr., I, p. 271, n. 5; 2^e éd. all., p. 229, n. 5. — Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 598, n. 2. — Jobbé-Duval, *Etudes*, p. 158, texte et n. 2 et 3.

(236) *Loc. cit.*, p. 150, n. 1.

Passons maintenant au fond même de la théorie de M. Debray. On sait que dans toute la période de l'ancien droit, avant la loi *Æbutia* sous les *legis actiones*, période où le formalisme a si grande prise, règne le principe formulé par Paul, *Sentences*, 2, 14, 1 : *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*. Il est dès lors difficile de concevoir, qu'en dépit de ce formalisme, les lois *Silia* et *Calpurnia* auraient permis au pacte de serment, de produire des effets civils, d'engendrer une action, en un mot de créer le serment volontaire. Ce serait là, le seul exemple d'une dérogation au principe, à cette époque et qui n'est pas justifiée plus que les autres dérogations, qui pourtant ne se sont fait jour que sous la procédure formulaire seulement, et qui par conséquent auraient dû elles aussi être reconnues par des différentes lois sous les *legis actiones*, du moment qu'on admettait que la règle *ex pacto actio non nascitur* pouvait être battue en brèche. Cela n'a pas eu lieu, et la raison doit en être attribuée au formalisme très rigoureux qui dominait toute l'époque d'avant la loi *Æbutia*. Ensuite, ce serment volontaire, introduit sous les Actions de la loi, ne serait pas d'après M. Debray un vrai serment volontaire, dont l'initiative émane tant du demandeur que du défendeur ; au contraire, sa délation appartiendrait au seul demandeur (237).

(237) *Loc. cit.*, p. 152.

Mais l'auteur ne nous donne pas les raisons, par lesquelles se justifierait cette divergence entre le serment volontaire des Actions de la loi, et celui de la procédure formulaire, et, en effet, nous n'en voyons aucune, sauf le désir de l'auteur de mettre plus en concordance le serment volontaire des *legis actiones* et le serment nécessaire qui aurait dû son introduction au prêteur, dont la tâche se trouvait ainsi facilitée, n'ayant plus qu'à rendre nécessaire le serment qui existait auparavant avec les mêmes caractères, mais qui n'était que volontaire. Pour notre part, nous avouons qu'il nous paraît impossible d'admettre deux genres de serment volontaire, l'un avec tous les caractères du serment nécessaire sauf la contrainte, l'autre avec ses caractères propres que nous avons déjà étudiés dans le présent ouvrage. Ceci en ce qui concerne l'existence d'un serment volontaire sous les Actions de la loi. Maintenant, quant à l'origine prétorienne du serment nécessaire, si le but de son introduction était que le prêteur trouvait là un moyen de trancher les contestations, comme le veut M. Debray (238), on peut se demander à juste titre, pourquoi le prêteur ne l'aurait-il pas introduit aussi pour le cas où c'est le défendeur qui défère le serment, et pourquoi ne l'a-t-il pas créé non seulement en matière de *certum*, mais

(238) *Loc. cit.* , p. 152.

aussi dans toutes sortes de procès, car si ce moyen était tellement utile, il aurait dû en faire l'usage le plus large. Sa limitation quant à l'initiative de la délation et quant aux matières d'application — ce qui constitue une preuve de l'archaïsme de l'institution — s'explique au contraire, si on le rattache aux lois *Silia* et *Culpurnia*, par les raisons pour lesquelles il a été créé, raisons que nous examinerons tout à l'heure à propos du système auquel nous nous rattachons. Contre l'assertion de M. Debray (239) que le défendeur devait en matière de *certum* savoir s'il est ou non débiteur, et qui est donc la même que celle de Demelius, nous rappelons les arguments invoqués déjà contre celui-ci (240). Remarquons seulement que d'après M. Debray, le serment nécessaire pouvant s'appliquer aux simples faits en matière de *certum* (241), il devrait logiquement trouver emploi aussi en ce qui concerne les faits intervenant dans toutes les autres matières en dehors du *certum*, car ils sont tout aussi certains, et le défendeur doit savoir s'ils ont eu ou non lieu. Voilà donc à quelles solutions on arriverait avec ce système. Du reste M. Debray lui-même, le caractérise suffisamment, quand à propos des causes de l'introduction du serment né-

(239) *Loc. cit.*, p. 152.

(240) P. 151, 152.

(241) *Loc. cit.*, p. 447, n. 7.

cessaire par le prêteur, il dit que « ce ne sent là que des conjectures » (242).

Nous ne retrouvons pas davantage la solution du problème dans le système préconisé par M. Geouffre de Lapradelle (243), d'après lequel c'est pour obvier aux dangers de la *sponsio tertix partis*, que le serment nécessaire aurait été créé. Outre l'objection de M. Jobbé-Duval (244) que le remède serait bien dangereux, cette théorie n'explique pas pourquoi la délation du serment n'appartenait qu'au demandeur seulement. En effet, si le demandeur qui manque de preuves peut éviter la peine de la *sponsio* en recourant au serment, il semble que le même droit aurait dû logiquement appartenir au défendeur qui se trouvait dans la même situation. Lui aussi aurait dû pouvoir éviter la peine de la *sponsio* en déférant au demandeur le serment nécessaire. Mais cela n'a pas eu lieu, et c'est ce qui prouve le manque de vérité de cette théorie.

Enfin, la seule explication qui nous paraît rationnelle, et à laquelle nous devons, par conséquent, nous rattacher, est celle présentée par M. Jobbé-Duval (245). Voici en quelques mots quels sont ses

(242) *Loc. cit.*, p. 152.

(243) *Evolution historique du serment décisoire*, p. 85 et suiv.

(244) *Etudes*, p. 153, n. 1.

(245) *Etudes*, p. 23-31, 117-118, 153-163.

principaux traits. L'institution du serment nécessaire, qui ne peut être délégué que par le demandeur, et qui tient lieu de *litiscontestatio*, en tranchant le procès avant tout débat, est d'un archaïsme tellement en contradiction avec les idées de l'époque classique, qu'il est impossible de penser à une introduction par le préteur de la procédure formulaire, et son existence au III^e siècle de l'ère chrétienne ne peut s'expliquer que par le fait de son attachement à une action qui a traversé les siècles. Les textes de Plaute mentionnés plus haut, et le rattachement du serment nécessaire au *certum*, démontrent qu'il faut remonter plus haut dans le passé pour trouver ses origines. Les *condictiones certæ pecuniæ* et *certæ rei* se rattachent par la voie de la filiation historique à la *legis actio per condictionem* des lois *Silia* et *Calpurnia*. Ce sont ces lois qui ont dû créer le serment nécessaire. Mais elles ne l'ont pas créé de toutes pièces, elles n'ont fait que transformer une institution déjà existante, celle du serment de justification, employé comme moyen de preuve.

Dans les sociétés primitives, composées de groupes sociaux dont les membres sont étroitement liés entre eux, comme à Rome, où la cité reposait sur les *gentes*, et où le plaideur ne peut agir en justice sans s'assurer le concours des membres de son groupe, qui prendront fait et cause pour lui en fournissant le *vindex* les *prædes sacramenti* et les *præ-*

des litis et vindiciarum, l'autorité judiciaire étant trop faible, et les magistrats n'ayant pas assez de moyens d'investigation pour découvrir la vérité, ils auront recours au serment comme moyen de preuve, pour trancher les procès. Mais, comme la procédure primitive envisageait les contestations sous le point de vue essentiellement pénal, comme le créancier ou le propriétaire considérait comme un délit le fait de ne pas obtenir une satisfaction immédiate et d'être obligé de recourir à la justice, l'action exercée par le demandeur, produisait par elle-même plein effet, et il était nécessaire de la part du défendeur qu'il procède à une dénégation s'il voulait arrêter son cours, dénégation qu'il devait justifier en employant le moyen de preuve usité, le serment. Primitivement donc la charge de la preuve incombait au défendeur, qui avait toujours la faculté de se libérer par son serment, assisté peut-être d'un certain nombre de cojureurs de son groupe. Quand les lois *Silia* et *Calpurnia* eurent introduit la procédure par le pari, par la *sponsio*, en matière de *certa pecunia* et de *certa res* (246), ces procès ont cessé d'être considérés

(246) Que la loi *Calpurnia* ait créé elle aussi la procédure par le pari, en admettant même que la *sponsio tertiæ partis* avait disparu du temps de *Gaius* de la *condictio triticaria*, il résulte de l'étude de M. Jobbé-Duval, *loc. cit.*, p. 197-206, sur cette question, où il remarque à juste raison que ces deux lois n'ont pas créé deux *legis actiones*, mais une seule, comme le dit *Gaius*,

sous l'aspect pénal, pour devenir *reipersécutoires*, et, par la suite, le système des preuves subit lui aussi des changements, comme n'étant plus conforme aux idées en cours, notamment la charge de la preuve incombera à celui qui affirme l'existence de son bon droit. Le créancier ayant maintenant le droit d'user de la procédure par le pari, ne sera plus obligé, comme il l'était auparavant, de se fier à la loyauté de son adversaire au moyen du serment de justification. Il n'y aura recours que lorsqu'il ne pourra pas user de la procédure par la *sponsio*, parce qu'il manque de preuves. Et ce ne sera plus devant le juge que le serment sera prêté, mais devant le magistrat, parce que c'est devant celui-ci que la procédure par *sponsio* aura lieu, et le demandeur est mis dans l'alternative d'employer ou le serment ou la *sponsio*. Ainsi, ce qui était autrefois une obligation pour le demandeur, ne sera plus désormais qu'une simple faculté. Et à l'inverse, ce qui était une faculté pour le défendeur, qui avait toujours le droit de se libérer par le serment purgatoire, est devenu à partir des lois *Silia* et *Calpurnia* une

G. IV, 19, 20. Or la *legis actio* comprend un ensemble de formalités nécessaires, et si la loi *Calpurnia* a emprunté à la loi *Silia* la *condictio* et le serment nécessaire, elle a dû nécessairement lui emprunter aussi la *sponsio*. Pour l'examen des discussions relativement à ce sujet, il nous suffit de renvoyer à l'étude de M. Jobbé-Duval.

nécessité à laquelle il est contraint par la délation du demandeur, toutes les fois que celui-ci manquait de preuves. C'est, comme on le voit, à cause des transformations que les lois *Silia* et *Calpurnia* ont fait subir à l'antique institution du serment, par la création de la procédure par le pari, que s'expliquent les deux caractères essentiels du serment nécessaire, d'un côté la nécessité pour le défendeur de le prêter, de l'autre l'initiative de la délation appartenant au seul demandeur. Et notamment, l'explication de ce second caractère du serment nécessaire, ne peut être fournie ni dans le système de M. Debray où c'est le prêteur qui aurait introduit ce genre de serment, ni dans celui de M. Geouffre de Lapradelle, où c'est le danger de la *sponsio* qui l'avait fait éclore, car dans les deux cas rien n'empêche que l'initiative de la délation ait appartenu aux deux plaideurs.

Quant à l'existence de la disposition édictale : *solvere aut iurare cogam*, elle doit s'expliquer selon nous, non pas comme un indice de l'origine prétorienne du serment nécessaire, mais plutôt comme une mesure prise par le prêteur, pour faire savoir qu'on ne devait pas aller plus loin dans les transformations qu'on avait fait subir à la procédure. Celles-ci se réduisaient simplement à l'emploi de la formule comme moyen d'introduire les procès. C'était la seule innovation. Quant à l'institution du *iusiurandum necessarium*, elle n'était pas écartée malgré son archaïsme,

et c'est pour dissiper les doutes qui auraient pu surgir à cet égard, qu'il se trouve dans la nécessité de dire : *eum a quo iusiurandum petetur, solverè aut iurare cogam.*

En ce qui concerne maintenant le serment volontaire, qui était un moyen de trancher plus vite les litiges, comme le dit la l. 1, D. XII, 2 : *maximum remedium expediendarum litium*, il n'y a pas de doute que son introduction est due au prêteur (247), dont le but a été de punir un manque de foi de la part du plaideur, qui malgré la convention de serment intervenue, se refusait à remplir son obligation de le prêter (248). Il a considéré ce pacte comme produisant plein effet, pouvant engendrer une action et une exception, quoique la règle était toujours : *ex nudo pacto actio non nascitur.*

(247) V. p. 46, les textes du *Digeste* qui mentionnent les dispositions édictales le concernant.

(248) V. Girard, *Manuel*, 5^e éd., 1911, p. 602.

DEUXIÈME PARTIE

Différence entre le serment nécessaire et le « iusiurandum iudiciale »

Après avoir ainsi nettement distingué le serment nécessaire du serment volontaire, qui avaient tous les deux lieu *in iure*, il ne nous reste maintenant, pour achever le tableau de cette institution à l'époque classique, qu'aborder la dernière question qu'elle peut soulever, celle de savoir si le serment nécessaire ne trouvait son application que dans la procédure *in iure*, ou si, au contraire, on doit l'étendre aussi à la procédure *in iudicio*. — L'opinion traditionnelle de la généralité du serment nécessaire, représentée principalement par Savigny (249), Keller (250), Rudorff (251), a complètement échoué à la suite des

(249) *Système*, VII, § 313.

(250) *Römische Civilprozess*, éd. Wach, § 66, note 763.

(251) *Röm. Rechtsgeschichte*, § 76, note 30.

travaux de Demelius (252), et notamment aucun texte de ceux qu'on a invoqués, ne fait preuve de l'existence d'un serment nécessaire *in iudicio*. Ainsi, à part les lois 34, § 8 et 9, D. XII, 2, et 38, D. XII, 2, que nous avons déjà vues comme interpolées (253), et desquelles par conséquent, on n'en peut tirer aucune conclusion, on a invoqué la l. 25, § 3 *de probationibus*, D. XXII, 3 :

In omnibus autem visionibus quas praeposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate iusiurandum ferre, prius ipso pro calumnia iurante, ut iudex iuramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, iure referendae religionis ei servando.

Mais tous les paragraphes de ce fragment sont interpolés (254), et en particulier on trouve suspects, dans notre paragraphe 3, les mots suivants : *visionibus*, *religio* au lieu de *iurisiurandi religio*, les ablatifs absolus : *licentia concedenda* ; *prius ipso pro calumnia iurante* ; *iure referendæ religionis ei servando*. On doit donc rejeter aussi ce texte. — Plus loin, la loi 21, de

(252) *Schiedseid*, § 13-17. — Dans le même sens Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 89-103.

(253) P. 57, 65-69, 138. — De même Demelius, *loc. cit.*, p. 89, 90 et Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 91 et 98-100.

(254) Demelius, *loc. cit.*, p. 91 et Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 93-98.

dolo, D. IV, 3, se rapporte non au serment nécessaire *in iudicio*, mais, ainsi que nous l'avons vu (255), au serment volontaire. — La constitution 10 des Empereurs Dioclétien et Maximien, C. IV, T. 1, ne se rapporte non plus à un serment nécessaire *in iudicio*, car la c. 3, C. IV, T. 1, avec laquelle elle est en étroite liaison, parle du serment qui est déféré par le juge, ce qui, par conséquent, exclue le serment nécessaire, qui est déféré par le demandeur (256).

Enfin, le dernier texte est celui de *Seneca*, Contr. VII, præf., relatif au procès d'Albucius, et où sont les centumvirs, jouant le rôle du *iudex*, qui défèrent le serment, et rendent leur jugement en conséquence : *centumviri dixerunt dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret ; ille iuravit*. Mais ce serment n'avait pas été imposé, il était le résultat d'une convention intervenue entre les plaideurs : *Placet, inquit, tibi rem iureiurando transigi ? iura, sed ego iusiurandum dabo... accipimus condicionem* (257).

Rien donc dans les textes invoqués, ne révèle l'existence d'un serment nécessaire *in iudicio*, et cela se comprend fort bien, si on pense que le serment

(255) P. 86, 87. — Aussi Demelius, *Schiedseid*, p. 93, et Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 101.

(256) Demelius, *loc. cit.*, p. 93 et Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 101, 102.

(257) Demelius, *loc. cit.*, p. 92 et Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 102, 103.

nécessaire avait un champ d'application étroitement limité, et qu'il ne pouvait avoir lieu que sur la question de droit, jamais sur la question de fait, qui seule faisait l'objet de l'examen du *iudex*. Il devait être ainsi entièrement séparé du *iusiurandum in iudicio*, qui n'était qu'un moyen pour le juge, de former sa conviction, en le déférant à l'un quelconque des plaideurs, ce qui ne l'empêchait pas de rendre son jugement, alors que celui-ci était toujours exclu par le serment nécessaire, qui en tenait lieu.

CONCLUSION

A la suite de la discussion critique des différentes questions que soulève le problème du serment nécessaire, on peut dégager les solutions suivantes. Ce genre de serment, qui était déféré par le demandeur au défendeur au début de la procédure *in iure*, pour trancher le litige avant tout débat, probablement parce qu'il n'avait pas les moyens de le soutenir, manquant de preuves, et qui devait, par conséquent, porter sur la question de droit, car il s'agissait de remplacer le procès, de dispenser de la *litiscontestatio* et du jugement, ne pouvait être confondu, comme Demelius l'a démontré, avec le serment qui était déféré dans la procédure *in iudicio*, non par les parties, mais par le juge, non sur la question de droit, mais sur de simples faits, le juge ne devant connaître que du fait, et qui enfin ne dispensait pas du jugement, mais, au contraire, le facilitait, le juge le déférant seulement pour compléter son opinion.

Le serment nécessaire ne pouvant donc avoir lieu qu'*in iure*, c'est-à-dire à l'occasion d'un procès, il ne pouvait en principe être déféré ou prêté que par les personnes qui y pouvaient prendre part et sous les mêmes conditions, et il était interdit même à celles-ci si elles n'avaient pas prêté, lorsque cela était exigé, le *iusiurandum de calumnia*, c'est-à-dire qu'elles n'agissaient pas par esprit de chicane en le déférant, et aussi d'une façon complète à certaines d'entre elles, comme le pupille défendeur et le *procurator*. Enfin, il n'était non plus exigé, par esprit de faveur, du *Flamen Dialis* et de la *virgo vestalis*.

Mais si le serment nécessaire ne pouvait avoir lieu qu'*in iure*, il ne s'en suit pas qu'il est le seul à y trouver emploi, et les textes font mention aussi d'un serment qu'on peut appeler volontaire ou conventionnel. On a confondu longtemps ces deux genres de serments, en leur appliquant pêle-mêle les différents textes du titre du *Digeste*, XII, 2 : *de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciale*. Mais à la suite des travaux de Demelius qui, à l'aide des indications de l'origine des fragments, les avait séparés en deux groupes, les uns extraits des commentaires sur l'édit *si certum petetur* du titre de l'Edit *de rebus creditis*, et les autres extraits des commentaires sur l'édit *de iureiurando* du titre *de iudiciis omnibus* de l'Edit, on a pu attribuer l'édit *si certum petetur* au serment nécessaire et l'Edit *de iureiurando*

au serment volontaire, et déterminer par la suite leur physionomie différente.

Ainsi, tout d'abord, l'initiative de la délation du serment nécessaire n'appartenait qu'au demandeur seulement, elle portait sur la question de droit, jamais sur la question de fait, car il s'agissait de mettre complètement fin au litige, et mettait le défendeur dans la double nécessité — et c'est ce qui a donné le nom au serment nécessaire — de jurer ou de payer. Il avait néanmoins la faculté de référer ce serment au demandeur qui l'avait déferé et qui était mis, lui maintenant, dans la nécessité de le prêter. Au contraire, le serment volontaire reposait sur une pure convention des parties, dépendait de leur seule volonté, et pouvait, par conséquent, comme celle-ci embrasser tous les domaines. Il pouvait être déferé même sur de simples faits par l'une quelconque des parties à l'autre, et référé de la même manière. La *relatio* tout aussi bien que la *delatio* était dans ce cas dépourvue de contrainte.

Si, ensuite, le défendeur auquel le demandeur avait déferé le serment nécessaire à l'occasion d'une *condictio certæ pecuniæ*, refusait de jurer ou de payer, on le considérait comme quelqu'un qui ne voulait pas *se defendere uti oportet*, car il refusait de prendre part à un acte de la procédure, c'était donc un cas d'*indefensio* de sa part, qui rentrait dans le *iudicatum*, et le demandeur pouvait alors employer contre

lui l'exécution directe au moyen de la *manus iniectio iudicati* sous les *legis actiones*, transformée dans l'*actio iudicati* sous la procédure formulaire et suivie, elle aussi, le cas échéant, de la *missio in possessionem* et de la *venditio bonorum*. Si cela avait lieu à l'occasion d'une *condictio certæ rei*, on usait alors d'une procédure de liquidation, au moyen de l'*arbitrium litis æstimandæ* sous les *legis actiones*, ou d'une *actio in factum* spéciale, sous la procédure formulaire. Au contraire, si c'est un serment volontaire que le demandeur avait déféré et si le défendeur avait refusé de jurer ou de s'exécuter, comme ce serment pouvait avoir lieu aussi extrajudiciairement, et porter aussi sur de simples faits, le demandeur avait non l'*actio iudicati*, fondée sur le *iudicatum*, mais une *actio in factum ex iureiurando*, fondée sur le pacte de serment, créée par le prêteur pour punir un manque de foi, et dans laquelle il s'agissait de savoir si le pacte a été exécuté ou non. — La même situation se présentait dans le cas où c'était le demandeur qui avait juré sur la relation du défendeur. — Si, maintenant, le défendeur a juré, ou le demandeur a refusé de jurer lorsque le serment lui a été référé, il y aura une *dnegatio actionis*, qu'il s'agisse du serment nécessaire ou du serment volontaire. Si la question de la prestation du serment fait doute, et c'est ce qui arrivera si l'action primitive est de nouveau intentée, il y aura suivant les cas, un moyen de défense ou une

exceptio. Si la question se posait pour le serment nécessaire, le défendeur avait sous les *legis actiones* un moyen de défense, à cause du principe de l'unité de question, de même sous la procédure formulaire dans un *iudicium legitimum*, qui avait hérité des *legis actiones*, et une *exceptio* dans un *iudicium imperio continens*, *exceptio* qui est rattachée non à l'idée de serment, mais à l'idée de jugement, car c'est celui-ci que le serment nécessaire remplace, et qui ne peut être donc que l'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*. Au contraire, à l'occasion du serment volontaire le défendeur aura toujours une *exceptio*, dont le fondement réside dans le pacte de serment, et ne peut être pour cela qu'une *exceptio iurisiurandi*.

Mais la différence entre les deux genres de serments, et le caractère rigoureux du serment nécessaire, apparaît aussi à d'autres points de vue. Ainsi, en ce qui concerne la force probante, le serment nécessaire fait preuve complète, et il serait injuste de permettre la *retractatio causæ*, que le demandeur recommence le procès s'il a de nouveaux documents, alors que le serment nécessaire a déjà été assez rigoureux pour le défendeur qui aurait voulu débattre le procès, et a été pourtant contraint de prêter un serment dont la formule avait été composée par le demandeur. Au contraire, ces raisons n'existant pas dans le cas du serment volontaire, les constitutions impériales ont permis au demandeur de recommencer

le procès pour de nouveaux documents, si le défendeur avait été absous.

Ensuite, alors que le serment volontaire pouvait intervenir dans toutes sortes d'actions, le serment nécessaire ne trouvait emploi que dans quelques-unes d'entre elles, ainsi dans le domaine du *si certum patetur*, c'est-à-dire en matière de *condictio certæ pecuniæ*, de *condictio certæ rei* et d'*actio operarum* qui lui était assimilée, et en dehors du *certum* dans quelques cas exceptionnels, comme l'*actio rerum amotarum*, actions noxales, et loi *Cornelia de iniuriis*, où son introduction a été due au prêteur ou à la loi pour des raisons spéciales, et où, par conséquent, il ne gardait plus tous ses caractères, notamment il portait sur un simple fait, et ne comportait pas de *relatio*. Il a été enfin étendu par le prêteur à l'*actio de pecunia constituta*, à cause de l'analogie que celle-ci présentait avec la *condictio certæ pecuniæ*, et où, par conséquent, il portait sur la question de droit, et était pourvu de la *relatio*.

Ce serment nécessaire de l'époque classique, rigoureux et exceptionnel, lié au *certum*, ne pouvait devoir sa création au prêteur et témoigne, au contraire, d'une origine beaucoup plus ancienne, remontant aux lois *Silia* et *Calpurnia*, qui, en introduisant la procédure par la *sponsio* dans la *certa pecunia* et la *certa res*, transformèrent l'ancien serment purgatoire, que tout défendeur avait le droit de fournir comme preuve de

son bon droit, dans un serment nécessaire que le demandeur seul pouvait donc déférer, s'il ne voulait pas recourir à la *sponsio*, que le défendeur était contraint, par conséquent, de fournir, et lequel serment devait donc trancher le litige avant tout débat. Ce serment nécessaire lié à la *condictio certæ pecuniæ* et à la *condictio certæ rei*, qui descendaient de la *legis actio per conditionem* des lois *Silia* et *Calpurnia*, aurait dû vivre autant qu'elles, mais la disparition de la procédure formulaire amenant la disparition du *ius* et du *iudicium*, ce serment fut prêté désormais devant le *iudex* ainsi que le *iusiurandum iudiciale*, dont il prit un à un tous les caractères, et dont il ne se sépara plus qu'à deux points de vue : le juge déférait le serment nécessaire sur la demande des parties seulement, et il était obligé d'y conformer son jugement.

Vu, le président de la thèse,

E. JOBBÉ-DUVAL

Vu le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

Pour le Vice-Recteur,

l'Inspecteur de l'Académie,

FOUTENÉ

ERRATA

Pages	au lieu de	lire
2, note 1	<i>étails</i>	<i>détails</i>
4, ligne 27	<i>P. 1</i>	<i>T. 1</i>
5 » 4	προδewpōv	προδewpōv
5 » 11	κινηδεις	κινηδεις
5 » 12	<i>et iam</i>	<i>etiam</i>
16 » 25	<i>rea</i>	<i>reo</i>
64 » 23	<i>P. 1</i>	<i>T. 1</i>
87 » 7	<i>actio forti</i>	<i>actio furti</i>
121 » 9	<i>interdictio</i>	<i>interdicto</i>
127 » 19	των	τινων
131 » 9	<i>condictia</i>	<i>condictio</i>
132, note 194	<i>Gouffre</i>	<i>Geouffre</i>
138 » 211	<i>p. 59 n.</i>	<i>p. 59 n. 6</i>
147 ligne 18	πεχοδνλς	πεχουνλας
171 » 10	<i>au de</i>	<i>ou de</i>
174 » 7	<i>patetur</i>	<i>peletur</i>

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.....	v
TABLE ALPHABÉTIQUE DES TEXTES CITÉS.....	vii
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — TRAITS CARACTÉRISTIQUES DU SERMENT NÉCESSAIRE, ET DIFFÉRENCES ENTRE LES DEUX GENRES DE SERMENTS, NÉCESSAIRE ET VOLONTAIRE.	
	7
CHAPITRE PREMIER. — Différence quant à la nature : ser- ment nécessaire — serment conventionnel.....	13
CHAPITRE II. — Différence quant à la personne qui exige le serment : l'initiative de la délation du serment nécessaire appartient au seul demandeur — celle du serment volontaire appartient aux deux parties. — Personnes qui peuvent dé- férer et prêter le serment nécessaire	15
CHAPITRE III. — Différence quant à l'édit et quant à la for- mule. — Edit « si certum petetur » — édit « de inreiuorando- — Formule du serment arrêtée par la formule d'action — for- mule du serment arrêtée par la volonté des parties	41
CHAPITRE IV. — Différence quant à la sanction	61
CHAPITRE V. — Différence quant à la force probante des deux genres de serments.....	114
Ioachimovici	12

CHAPITRE VI. — Différence quant au champ d'application : le serment volontaire dans toutes les actions ; le serment né- cessaire dans quelques actions déterminées	121
CHAPITRE VII. — Différence quant au but et quant aux ori- gines entre les deux institutions	149
DEUXIÈME PARTIE. — DIFFÉRENCE ENTRE LE SERMENT NÉCESSAIRE ET LE <i>Iusiurandum iudiciale</i>	165
CONCLUSION.....	169
TABLE DES MATIÈRES	177

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE BUSSIÈRE
